Die Haftung des Kommissionärs

für die Erfüllung des aufgetragenen Geschäfts

(Ausführungsgeschäft),

nach deutschem Recht unter Berücksichtigung des französischen Rechts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Referendar **Hanns Westphal**

aus Hamburg.

ROSTOCK.
Carl Boldt'sche Hof-Buchdruckerei.
1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552724_0048

Literaturverzeichnis.

Abraham, Über den Eintritt des Kommissionärs als Selbstkontrahenten. Greifswalder Diss. 1884.

Alauzet, Commentaire du code de Commerce, tome Ier. 1856.

Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1874.

Bédarride, Commentaire du code de Commerce, l. Ier, titre IV. 2. ed. 1882.

B. E. K.-Bericht der Börsen-Enquetekommission. 1893.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 2. 1886.

Bravard-Veyrières, Traité de droit commercial, tome II. 1868

Breit, Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. 1899.

Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1853—1860.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis. Bd. 1, 2.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903.

Delamarre et le Poitvin, Traité de droit commercial, tome III. 1861.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2, Abt. 2. 1901.

Endemann, Deutsches Handelsrecht. 4. Aufl. 1887.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgericht. Bd. 3, 5, 6, 9, 12, 14, 17, 19, 20, 21, 22, 23.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd. 1, 4, 6, 20.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift. 1896.

Frankenburger, Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen. 2. Aufl. 1902.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 7. Aufl. 1903.

Goldschmidt, in Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 23.

Grünhut, Recht des Kommissionshandels. 1879.

„ in Conrad's und Elster's Wörterbuch der Staatswissenschaften. Bd. V. 2. Aufl. 1900.

H. G. Z. = Hanseatische Gerichtszeitung. Bd. IX.

v. Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1875.

Heise, Handelsrecht. 1858.

Jacoby, Bank- und Warenkommission. 1891.
Keßner, Allgem. D. Handelsgesetzbuch, erläutert. 1878.
J. Lehmann, Die rechtliche Stellung des als Selbstkontrahent eintretenden Kommissionärs. Leipz. Diss. 1902.
K. Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1901.
Lepa, Lehre vom Selbsteintritte des Kommissionärs. 1883.
Lüdde, Recht des Kommissionshandels. Erlanger Diss. 1897.
Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Teil II. 1858.
Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, tome III. 3. ed. 1899.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. I, Teil 2. 12. Aufl. 1904.
Marcinowski, Das kaufmännische Kommissionsgeschäft in Busch, Archiv. Bd. I.
Motive-Begründung des Entwurfs eines Börsengesetzes, Nr. 14 der Drucksachen des Reichstages. 9. Legislatur-Periode. IV. Session. 1895/96.
Pardessus, Cours de droit commercial, tome II. 4. ed. 1831.
Riccius, Exercitationes juris Cambialis Ex. XI, sect. 2: de mercibus in commissionem mercatori ad vendendum datis quae Commissionswaren nuncupantur. 1781.
Rimpler, Die gesetzliche Haftung des Kommissionärs. Gött. Diss. 1901.
Rudorff, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1898.
Pöhls, Darstellung des gemeinen deutschen und hamburgischen Handelsrechts. 1828.
Puchelt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. 1894.
Schaps, Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. Berl. Diss. 1887.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. II. 6. u. 7. Aufl. 1900.
Sieveking, Der Art. 376 d. allg. deutschen Handelsges. u. der Entwurf eines Börsengesetzes in der Zeitschr. f. H. R. Bd. 44.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind. Bd. 1, 39, 64.
Thaller, Traité élémentaire de droit commercial. 2. ed. 1900.
Thöl, Handelsrecht. Bd. I. 6. Aufl. 1879.
Treitschke, Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel. 1839.
Wandelt, rechtl. Natur des Kommissionsgeschäfts. Erl. Diss. 1897.
Wilda, Kommissionshandel in Weiske's Rechtslexikon. Bd. II.

Disposition.

Einleitung:

§ 1. Grundsätzlich keine Haftung für die Erfüllung des aufgetragenen Geschäfts.

I. Kapitel: Die Delkrederehaftung.

§ 2. Allgemeines.

§ 3. Juristische Konstruktion der Delkrederehaftung.

§ 4. Voraussetzungen der Delkrederehaftung:

a. wenn sie vom Kommissionär übernommen ist;

b. wenn sie am Ort der Niederlassung des Kommissionärs Handelsgebrauch ist.

§ 5. Gegenstand der Delkrederekommission:

a. im allgemeinen;

b. kommissionsweiser Wechselankauf;

§ 6. Rechtswirkungen der Delkrederekommission:

a. unmittelbare Haftung des Kommissionärs im Zeitpunkt des Verfalls;

b. insoweit, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnis gefordert werden kann;

c. das Rechtsverhältnis beim Fehlen jeglicher Gefahrtragung auf Seiten des Kommissionärs.

II. Kapitel: Die Erfüllungshaftung im Fall der Nichtnamhaftmachung des Drittkontrahenten.

§ 7. Allgemeines.

§ 8. Geschichtliche Entstehung der Bestimmung über die Erfüllungshaftung:

a. Folgen der Namensverschweigung vor Schaffung des Art. 376 A. D. H. G. B.;

b. enge Beziehung des Selbsteintritts und der unbestimmten Ausführungsanzeige durch Regelung beider Fragen im Art. 376;

c. Reformarbeiten der Börsen-Enquete-Kommission;

d. die Stellung der Vorschrift als § 384 Abs. 3 H. G. B.

§ 9. Die rechtliche Natur der Erfüllungshaftung.
§ 10. Voraussetzungen der Erfüllungshaftung:
a. Erstattung einer Ausführungsanzeige;
b. Nichtnamhaftmachung des Drittkontrahenten;
c. Ungleichzeitigkeit der Ausführungsanzeige und Namhaftmachung.
§ 11. Rechtswirkungen im Fall der Nichtnamhaftmachung des Drittkontrahenten:
a. der Kommittent macht den Kommissionär haftbar „für die Erfüllung des Geschäfts“;
b. der Kommittent macht von seinem Recht Gebrauch:
1. ein Ausführungsgeschäft ist nicht geschlossen worden;
2. der Kommissionär hat mit einem Dritten ein Geschäft abgeschlossen.

III. Kapitel: Die Selbsthaftung des Kommissionärs bei unbefugtem Verkauf auf Kredit.

§ 12. Voraussetzung der Selbsthaftung.
§ 13. Rechtsfolgen des unbefugten Verkaufs auf Kredit:
a. Selbsthaftung des Kommissionärs auf sofortige Zahlung des Kaufpreises;
b. Zurückweisung des Geschäfts nur im Fall ausdrücklichen Verbots der Kreditgewährung.

Schluss:

§ 14. Die Selbsteintrittshaftung des Kommissionärs.

§ 1. Grundsätzlich keine Haftung für die Erfüllung des aufgetragenen Geschäfts.

Nach § 383 H. G.D. ist Kommissionär:

Wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines Andern (des Kommittenten) in eigenem Namen zu kaufen oder verkaufen.

Aus dieser Begriffsbestimmung geht hervor, daß erstens nur der gewerbsmäßige Betrieb von Ein- und Verkaufskommissionen die Kommissionseigenschaft verleiht, wofern es sich zweitens um Waren oder Wertpapiere handelt.[1]

Der Begriff Kommissionsgeschäft (Kommission) dagegen ist ein viel weiterer. Dies ergibt sich aus § 406, Abs. 1.[2] Hiernach ist auch die Übernahme anderer Kommissionen, wenn sie nur von einem Kaufmann als solchem geschieht, Kommissionsgeschäft.[3] Bei der Kommission sind zwei Rechtsgeschäfte scharf auseinanderzuhalten:

---

[1] Als Einkaufs- und Verkaufskommission gilt nach § 406, Abs. 2, „auch eine Kommission, welche die Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, zum Gegenstande hat".

[2] Die Vorschriften des H. G. B. §§ 383 ff. über die echte (eigentliche) Kommission finden auf die unechte (uneigentliche) Anwendung. Solche liegt nach § 406, Abs. 1 vor:

a. Wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes Geschäfte anderer Art als den Ein- oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren für Rechnung eines Andern in eigenem Namen zu besorgen übernimmt.

b. Wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, sich einmal gelegentlich im Betriebe seines Handelsgewerbes zum kommissionsweisen Abschluß von Geschäften bereit erklärt.

[3] Vgl. Lehmann S. 198.

1. Das Kommissionsgeschäft[1] d. h. der Kommissionsvertrag, durch welchen der Kommissionär sich verpflichtet, für Rechnung des Kommittenten ein Kaufgeschäft einzugehen. (Die Übernahme der Kommission.)

2. Dasjenige Geschäft, das der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten in eigenem Namen mit einem Dritten abschließt. (Die Ausführung der Kommission.)

Letzteres werden wir „Ausführungsgeschäft“[2] nennen.

Die rechtlichen Wirkungen dieses Ausführungsgeschäftes konzentrieren sich nun zunächst auf die Person des Kommissionärs und des Drittkontrahenten. Nach außen wirkt das in der Kommission gelegene handelsrechtliche Mandat[3] des Kommittenten überhaupt nicht. Es beschränkt vielmehr seine Wirkungen auf das Innenverhältnis zwischen diesem und dem Kommissionär. Hier aber gilt das Geschäft sofort als für den Kommittenten geschlossen. Dieser trägt Gewinn wie Verlust. Der Kommissionär ist lediglich „verpflichtet, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen; er hat hierbei das Interesse des Kommittenten wahr-

---

[1] Der Sprachgebrauch ist verwirrend. Häufig wird das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft als Kommissionsgeschäft bezeichnet, ja man definiert sogar Kommissionsgeschäft als dasjenige Handelsgeschäft, das jemand im Auftrage eines Andern für dessen Rechnung in eigenem Namen abschließt.

[2] So Cosack S. 177, Gareis S. 398, Dernburg S. 496. Lehmann S. 198 nennt es „Ausrichtungsgeschäft“.

[3] Cosack S. 187, Note 55, Gareis S. 401, Staub § 383, Anm. 18, Denkschrift S. 200 behandeln den Kommissionsvertrag als Dienstvertrag, der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtet ist, Lüdde S. 10 nennt ihn eine „Abart des Dienstvertrages“. Lehmann (Vorbem. 11 zu § 383) und Wandelt S. 28 wohl richtig als Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Praktische Bedeutung hat der Streit kaum, da hauptsächlich § 675 B. G. B. (entgeltliche Geschäftsbesorgung) Anwendung findet, der seinerseits wieder auf die Bestimmungen über den Auftrag §§ 663, 665—670, 672—674 hinweist.

zunehmen und dessen Weisungen zu befolgen". Er hat ferner „dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere von der Ausführung der Kommission unverzüglich Anzeige zu machen; er ist verpflichtet, dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft abzulegen und ihm dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat."[1] Hat er dann so mit vollem Eifer, strengster Gewissenhaftigkeit und Peinlichkeit im Interesse und zum Vorteil seines Kommittenten gehandelt und sich in jeder Phase der Geschäftsführung, sowohl bei Eingehung, Beobachtung und Entwicklung, wie auch bei Abwicklung des aufgetragenen Geschäfts bemüht, so steht er für den Erfolg seiner Bemühungen nicht ein. Die Erfüllung des auftragsgemäß abgeschlossenen Geschäfts steht auf Gefahr des Kommittenten. Wenn der Kommissionär daher z. B. bei Auswahl des Dritten sich keine Fahrlässigkeit hat zu Schulden kommen lassen,[2] trifft ihn später nicht die Gefahr der Insolvenz dieses Dritten. Er haftet demgemäß nur für tatsächliches Bestehen der für Rechnung des Kommittenten erworbenen Forderungen, nicht aber dafür, daß diese richtigen Forderungen nun auch gehörig realisierbar sind.[3] Oder ein anderes Beispiel: Hat er Waren verkauft, steht er nicht dafür ein, daß der Drittkontrahent nun auch — wie § 433, Abs. 2 B. G. B. ihm zur Pflicht macht — dieselben rechtzeitig abnimmt und den Kaufpreis zahlt. Hiernach ist der Kommittent immer in der gefährlichen Lage, seine Ansprüche entweder überhaupt nicht oder vielleicht nur unvollständig oder nicht rechtzeitig verwirklicht zu sehen. In seinem Interesse wird

[1] H. G. B. § 384, Abs. 1, 2.

[2] Wenn der Kommittent selbst ihm den Dritten zuweist, mit dem er abschließen soll, wird der Kommissionär dessen Kreditwürdigkeit ohne Bedenken annehmen können, wofern ihm die Leistungsunfähigkeit dieses Dritten nicht gradezu bekannt war.

Vgl. Busch II, S. 208.

[3] Vgl. Lehmann, § 394, Anm. 1.

nun in gewissen Fällen eine prompte und anstandslose Abwicklung des Ausführungsgeschäfts gesichert, indem teils der Kommissionär aus eigenen Stücken zu einer Garantieübernahme sich bereit findet, teils das Gesetz selber dem Kommittenten einen solchen Schutz zuerkennt. In diesen Fällen geschieht es dann, daß eine Haftung des Kommissionärs für die Erfüllung des aufgetragenen Geschäfts eintritt.

I. Kapitel. Die Delkrederehaftung.

§ 2. Allgemeines.

§ 394, Abs. 1 des H. G. B. bestimmt:

Der Kommissionär hat für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abschließt, einzustehen, wenn dies von ihm übernommen oder am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist.

Man spricht hier von einer „Delkrederehaftung". Schon der Name (stare del credere, d. h. das Einstehen für den dem Drittkontrahenten gewährten Kredit) zeigt, daß dieser Vertrag aus dem italienischen Handelsverkehr stammt. Das Prinzip dagegen der Delkrederehaftung findet sich bereits in der römischen fidejussio indemnitatis, der Schadlosbürgschaft. Bei dieser verpflichtet sich der Bürge dem Gläubiger gegenüber, für den Ausfall, den er bei dem Schuldner erleiden sollte, aufzukommen. Dieses Prinzip ist dann im Handelsverkehr, namentlich in Italien, ausgestaltet worden[1]. Die Franzosen gebrauchen

[1] Vgl. Grünhut S. 346, Delamarre et le Poitvin Nr. 85.

für dieses del credere Stehen den Ausdruck du croire, einen Ausdruck, den Boistel[1] „assez barbare“ nennt; es ist eben die wörtliche Übersetzung des del credere. Das du croire bringt ein „avoir confiance“ zum Ausdruck.

„Die Kommission“, sagen Lyon-Caen et Renault[2], setzt immer ein gewisses Vertrauen des Kommittenten in den Kommissionär voraus, aber im Fall der Delkredere-konvention setzt der Kommittent sein ganzes Vertrauen in ihn, ohne sich um die Dritten zu beunruhigen, mit denen der Kommissionär verhandelt und für die er kraft des Vertrages einsteht“.

Für diese Übernahme des del credere bekommt der Kommissionär eine erhöhte Provision, ebenfalls del credere (du croire) genannt. Die Provision[3] wird in der Regel festgesetzt in Prozenten, eine Festsetzung, die einerseits durchaus im Interesse des Kommittenten ist, da dieser hierdurch die Gewißheit bekommt, der Kommissionär werde sein Möglichstes tun, einen denkbar hohen Preis zu erzielen, andererseits aber auch im Interesse des Kommissionärs liegt, da er belohnt wird nach dem erzielten Erfolge, welch letzterer ganz von der von ihm auf das aufgetragene Geschäft verwandten Sorgfalt abhängt. Und doch ist ein Umstand dabei, der dem Kommittenten zum Nachteil geraten kann. Der Kommissionär würde, um einen möglichst hohen Preis zu bekommen, sich mit wenig solventen Käufern einlassen, da diese bekanntlich immer geneigt sind, teurer zu kaufen, als zahlungsfähige Käufer. Hiergegen aber hat man Abhülfe geschaffen: Für eine Erhöhung der Provision übernimmt der Kommissionär ein Einstehen für die Erfüllung der Verbindlich-

[1] S. 347.

[2] S. 364.

[3] Im Französischen regelmäßig droit de commission genannt, doch findet sich auch „provision“. cf. Delamarre et le Poitvin Nr. 80.

keit des Dritten[1]. Dies ist die sogenannte Delkrederehaftung, deren Legaldefinition im deutschen H. G. B. sich, wie bereits erwähnt, im § 394 findet[2].

§ 3. Juristische Konstruktion der Delkrederehaftung.

Über die rechtliche Natur dieser Delkrederehaftung herrschte von jeher Streit, besonders jedoch vor Schaffung des „Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches", das in den meisten deutschen Staaten im Jahre 1861 eingeführt wurde. Riccius[3] ist der Auffassung, durch das del credere-Stehen nähme der Kommissionsvertrag, den er im übrigen, wie allgemein, als mandatum betrachtet, die Natur eines contractus aestimatorius (Trödelvertrages) an. Mit Recht ist hiergegen einzuwenden — ein Einwand, den schon Treitschke[4] macht —: an der rechtlichen Natur des Kommissionsvertrages selbst wird durch diesen Nebenvertrag nichts geändert. Während ferner der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten verkauft, handelt der Trödler für eigene Rechnung. Auch wird zwischen Kommittent und Kommissionär keine feste Taxe abgemacht, die der Letztere zahlen soll, in der Art, daß der Überschuß sein Gewinn ist. Vielmehr ist er

[1] Vgl. Bravard-Veyrières S. 265 ff.

[2] Häufig wird in kaufmännischen Kreisen unter Delkredere nur eine Garantieübernahme für die Zahlung eines Dritten verstanden. Daher wurde im preuß. Entwurf 2. Lesung im Art. 347, Abs. 1, der ursprünglich lautete: Der Kommissionär steht für die Zahlung oder für die Erfüllung der Verbindlichkeit seines Kontrahenten ein (del credere), wenn — — — diese Parenthese auf Antrag Hamburgs (Monitum 390) gestrichen, um den Anschein zu vermeiden, es solle hier eine allgemeine Begriffsbestimmung des del credere gegeben werden.

[3] S. 31.

[4] S. 29.

„verpflichtet, dem Kommittenten dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat". Treitschke[1] selbst sieht in dem Umstand, daß für das Delkrederestehen eine besondere Provision gewährt wird, gleichsam eine Versicherung des Erlöses, freilich in der Weise, daß es „nicht einmal, wie bei anderen Versicherungen, für den Anspruch des Kommittenten erst des Beweises bedarf, daß die Forderung verloren gegangen sei". Auch Thöl[2] hält das Geschäft für eine Versicherung. „Die Delkredereprovision sei die Vergütung, die Versicherungsprämie." Zugleich aber betrachtet er das Delkrederestehen, da der Versicherer eine fremde Verbindlichkeit übernimmt, als Intercession. Er erklärt deshalb die Grundsätze beider Rechtsinstitute für entscheidend.

Gegen die Auffassung der Delkrederehaftung als Versicherung läßt sich geltend machen: Der Versicherer kann doch erst in Anspruch genommen werden, wenn der Schaden eingetreten ist, während der Delkredere-kommissionär, wie unten auszuführen sein wird, „für die Erfüllung im Zeitpunkt des Verfalls unmittelbar", also ohne daß ein Schaden notwendig eingetreten zu sein braucht, haftet. Ferner liegt in einer Versicherung in erster Linie auch die Übernahme der Haftung für eine vom Dritten nicht verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung; der Delkrederekommissionär dagegen haftet nur „insoweit, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnisse gefordert werden kann", ist also in einem derartigen Fall von der Haftung befreit.

Diese Auffassung der Delkrederehaftung als Assekuranz findet sich vornehmlich im französischen Recht. Delamarre et le Poitvin[3] insbesondere betonen immer

---

[1] S. 29.
[2] § 301.
[3] Vgl. Nr. 85—93.

wieder,[1] daß es sich um nichts anderes, als um einen Versicherungsvertrag handeln kann. Sie führen den del credere Vertrag zurück auf die fidejussio indemnitatis und sprechen dann von der Ausgestaltung in Italien, insbesondere seiner Verquickung mit dem Borggeschäft zur Umgehung des kanonischen Zinsverbotes. Zinsen nehmen war auf's strengste verboten. Der Geldverleiher nun, der sich der Gefahr aussetzte, durch Zufall oder infolge Insolvenz des Schuldners sein Kapital zu verlieren, nahm diese Gefahr auf sich und empfing für das Risiko ein pretium periculi. Dieser Vertrag wurde bei den älteren Schriftstellern fidejussio, sponsio genannt oder französisch „garantie", „cautionnement". Allerdings war mit diesen Bezeichnungen ein anderer Sinn verknüpft als mit der fidejussio des Corpus juris civilis. Trotz ihrer Bezeichnung als fidejussio ist der Charakter der Delkrederekonvention ein anderer.

„Fidejubere, assecurare sind synonyme Ausdrücke", sagen Delamarre et le Poitvin,[2] „der eine herstammend aus der Rechtssprache, der andere der Handelssprache angehörend". Der Handel hat der fidejussio des Corpus juris, dem cautionnement des code civil, die sich darstellen als Bürgschaftsverträge zu Gunsten des Schuldners, ein neues Element hinzugefügt: Einen Preis für die Gefahr, die durch die Bürgschaft der Kommissionär läuft. So ist die Delkrederekonvention als Versicherungsvertrag entstanden (un contrat ou une clause d'assurance).[3] Sie ist eine susceptio periculi pro pretio certo.[4]

[1] Vgl. Nr. 88, 90, 93.
Nr. 88: encore une fois, c'est une assurance,
Nr. 90: ce n'est qu'en traitant le del credere comme une assurance, — — —
Nr. 93: — — que le del credere n'est autre chose qu'une assurance. — — —

[2] Nr. 85, S. 129 unten.

[3] Vgl. Delamarre et le Poitvin Nr. 86, 87.

[4] Ist der Wechsel eine emptio-venditio pecuniae absentis pecunia praesenti, so ist die Versicherung eine emptio-venditio periculi.

Delamarre et le Poitvin[1] suchen zu beweisen, daß alle Bedingungen für eine wirkliche assurance vorliegen. Erstens sei vorhanden eine versicherte Sache (une chose assurée), nämlich die für Rechnung des Kommittenten erworbene Forderung des Kommissionärs gegen den Drittkontrahenten, zweitens die Gefahr (des risques), nämlich die Nichtzahlung oder anderweitige Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Drittkontrahenten, endlich drittens ein Preis für die Übernahme der Gefahr (prix de ces risques), nämlich die Delkredereprovision: in his tribus consistit. Der Umstand, daß eine und dieselbe Person die Rolle des Kommissionärs und die des Versicherers übernimmt, fällt wenig ins Gewicht. Eine solche Häufung zweier Rollen in einer Hand findet sich im Handelsrecht nicht selten.

Das del credere ändert in keiner Weise die Beziehungen zwischen Kommittent und Kommissionär. Der letztere bleibt immer in der Stellung eines Beauftragten, nur verbindet er mit diesem Charakter einen anderen, den des Versicherers der Forderung hinsichtlich ihres Eingangs.[2]

Vor dem Vergleich des del credere mit der Bürgschaft warnen Delamarre et le Poitvin.[3] Die Bürgschaft, le cautionnement des Civilrechts, sei ein einseitiger, ausschließlich im Interesse des Schuldners geschlossener Vertrag, accessorischer Natur für den Hauptvertrag und ihm untergeordnet in Grund, Existenz, Gültigkeit und Umfang, das del credere dagegen ein zweiseitiger oneroser Vertrag des Handels mit anderem Entstehungsgrund als wie die Verpflichtung zwischen Gläubiger und Schuldner, dabei mit direkter Wirkung zwischen den Kontrahenten, doch unterworfen dem Eintritt eines Ereignisses. Das del credere könnte daher unter andern Bedingungen abgeschlossen werden als der Hauptvertrag. Ist bei der Bürgschaft ein

---

[1] Nr. 88.
[2] Vgl. Delamarre et le Poitvin Nr. 93.
[3] Vgl. Nr. 88, 89.

anderer Zahlungsort oder eine kürzere Frist als die dem Hauptschuldner bewilligte ausgeschlossen, so kann beim del credere gar wohl ausgemacht werden, der Kommissionär solle an dem und dem Ort, auf die und die Art, zu der und der Zeit zahlen, gleichviel wie der Kommissionär seinerseits das Verhältnis zu den Drittkontrahenten gestaltet hat. Auch Bédarride[1] hält den Delkrederevertrag vollkommen für eine assurance, wenn er sagt: „Die Delkrederekonvention ist für den Landhandel von demselben Nutzen wie die Versicherung für den Seehandel, ja man kann sagen, sie begründet eine wahrhafte assurance à prime."

Thaller[2] nimmt denselben Standpunkt ein. „Dieser Vertrag", sagt er, „besteht in einer assurance de solvabilité, die mit dem Kommissionsvertrag verbunden ist."

Boistel[3] begnügt sich damit, daß er sagt, die Delkrederekonvention sei „ein Gemisch zwischen Bürgschaft und Versicherungsvertrag." Ähnlich spricht sich Bravard[4] aus: „Das du croire hat Verwandtschaft mit dem Versicherungsvertrag und mit der Bürgschaft, doch darf man es weder mit dem Einen noch mit dem Andern völlig vermengen. Es ist eben für den Kommittenten eine Gewähr zugleich gegen die Insolvenz der Käufer als gegen eventuell entstehende Verzögerung bei der Zahlung."

Auch nach Lyon-Caen et Renault[5] gleicht die Delkrederekonvention der Versicherung und der Bürgschaft. Den Unterschied, daß der Versicherer nur im Fall des Verlustes zahlt, der du croire Kommissionär aber sogleich im Zeitpunkt des Verfalls bei Nichtzahlung des Dritten belangt werden könne, lassen sie im Prinzip gelten, doch erklären sie ihn für nicht wesentlich, da ein Versicherer

[1] S. 192.
[2] S. 595.
[3] S. 347.
[4] S. 267.
[5] S. 365.

gar wohl die Zahlung einer Schuld bei Fälligkeit garantieren könne, dergestalt, daß der Versicherte das Recht habe, auf Zahlung zu dringen lediglich des Umstandes wegen, weil die Forderung fällig, aber nicht gezahlt sei, ohne daß die Insolvenz des Schuldners festgestellt wäre. Hinsichtlich der Ähnlichkeit mit der Bürgschaft vermissen Lyon-Caen et Renault — und den gleichen Grund führt auch Thaller[1] an — das Vorhandensein eines Hauptschuldners, da ja direkte Beziehungen zwischen Kommittent und Dritten nicht bestehen. Im übrigen bemerken Lyon Caen et Renault sehr richtig, daß die Delkrederekonvention den Kommissionsvertrag nicht verschwinden läßt, sondern sich danebenstellt und nur letzteren in gewisser Weise modifiziert. Damit kommen sie, wie unten ausgeführt wird, der von uns vertretenen Ansicht nahe. Das Richtigste jedoch von allen Franzosen trifft Alauzet.[2] Dieser tadelt aufs heftigste Delamarre et le Poitvin, die, wie gesagt, die Delkrederekonvention gänzlich dem Versicherungsvertrage assimilieren. Er betont, daß der Kommittent im Gegensatz zum Versicherungsnehmer bei Geltendmachung seiner Rechte an keine Nachweispflicht hinsichtlich des entstandenen Schadens gebunden ist. Im festgesetzten Zeitpunkt fordert er sofort vom Kommissionär den Preis ein; dieser kann ihm keine Einrede entgegensetzen, er ist direkt durch den Delkrederevertrag verpflichtet. So kommt Alauzet dazu, die Delkrederekonvention anzusehen als einen Vertrag sui generis.

Wenn wir jetzt zum deutschen Recht zurückkehren, so ist ganz zurückzuweisen die frühere, namentlich in der Handelswelt verbreitete Anschauung, daß durch das Delkrederestehen des Kommissionärs jede Kommission von selbst in ein Propregeschäft übergehe. In den vierziger

[1] S. 596.
[2] I Nr. 384.

Jahren des vorigen Jahrhunderts kam die Sitte der „unbestimmten Ausführungsanzeige“[1] auf, d. h. der Kommissionär pflegte in der von ihm dem Kommittenten zugehenden Nachricht von der Ausführung des aufgetragenen Geschäfts einen Dritten gar nicht zu nennen. Damit war dann wegen der Gefahr, die der Kommittent dabei lief, eine gewisse Art Selbsthaftung des Kommissionärs für die Erfüllung des Geschäfts von selbst gegeben. Es war dies wenigstens die allgemeine Auffassung der beteiligten Kreise. Zur sicheren Erreichung des Erfolges wurde dann allerdings meistens noch die Übernahme des „Delkredere“ besonders vereinbart. Nun aber wollten die del credere stehenden Kommissionäre als Eigenhändler betrachtet werden, um nicht nur die Pflichten, sondern auch die Rechte eines Drittkontrahenten zu haben. Standen sie del credere, so gewöhnten sie sich daran, einfach den ihnen vom Kommittenten gesetzten Preis diesem in Rechnung zu stellen, gleichgültig, ob sie wirklich die Ware zu diesem Preis eingekauft oder vom eigenen Lager entnommen hatten.

Diese Auffassung fand nun aber keineswegs die richterliche Billigung, es standen sich vielmehr kaufmännische und richterliche Auffassung konträr gegenüber. Aus den fünfziger Jahren, besonders aus dem Jahre 1850 selbst haben wir eine Reihe von interessanten Entscheidungen, die uns die vergebliche Mühe der Kommissionäre, ihre Auffassung durchzusetzen, zeigen.[2] Zwar gaben die Untergerichte der kaufmännischen Auffassung nach, doch das höchste preußische Gericht, das Obertribunal, verhielt sich schroff ablehnend. Ging das Urteil des App.-Gerichts dahin, daß „durch Kommission mit del credere ganz dieselben Rechtsverhältnisse, wie durch Geschäfte, welche für eigene Rechnung geschlossen werden, begründet würden“,

[1] Breit S. 16.

[2] Vgl. Striethorst Bd. I, S. 1 ff., Breit S. 15 ff.

so sagt das Obertribunal: „Der Kommissionär mit del credere bleibt immer Kommissionär.“ [1]

Besonders klar drückt diesen Standpunkt jedoch das Urteil vom 10. Oktober 1850 aus.[2] Hier wird am schärfsten die kaufmännische Auffassung, daß in Begleitung des del credere nach der Ausführungsanzeige der Kommissionshandel in den Eigenhandel übergehe als jeder rechtlichen Grundlage entbehrend verworfen. Es heißt hier: „es läßt sich in keiner Weise rechtfertigen, wenn die Verklagten das geschlossene Geschäft ganz so auffassen und beurteilt wissen wollen, als ob sie selbst mit dem Kläger einen Kaufvertrag errichtet hätten.

Im französischen Recht gibt es eine dem Eintritt als Selbstkäufer ähnliche Erklärung des Delkrederevertrages, die an dieser Stelle erwähnt werden mag. Locré[3] stellt sich auf folgenden Standpunkt: „Zuerst findet ein Verkauf unter einer Bedingung seitens des Kommittenten an den Kommissionär statt. Die Bedingung erfüllt sich im Augenblick, wo der Kommissionär an den Dritten verkauft. In der Tat, der Vertrag, daß der Kommissionär für eigene Rechnung verkäuft, setzt voraus, daß die Sache sein Eigentum ist im Augenblick, wo er verkäuft, und die Übereinkunft, daß er den Preis dem Kommittenten schuldet, setzt gleicher Weise voraus, daß er in dem Augenblick Käufer der Sache ist. Daher ist der Kommissionär bedingter Käufer für den Fall, wo er verkäuft. Solange er nicht verkäuft, ist die Bedingung nicht erfüllt und der Kommittent bleibt Eigentümer; aber, wenn er weiter verkäuft, übt die Bedingung ihre Wirkungen aus. Er überträgt dem Dritten, welchem er verkäuft, Eigentum, welches er erwirbt in demselben Augenblick, und von welchem er von nun an persönlich den Preis schuldet.“

[1] Entsch. XIX, S. 188 ff.

[2] Striethorst Bd. I, S. 14 ff.

[3] l'auteur de l'Esprit du code de commerce, vgl. Delamarre et le Poitvin Nr. 91.

Diese Meinung Locré's ist als völlig willkürlich zurückzuweisen. Wenn man den Vorgängen zwischen Kommittent und Kommissionär nachspürt, so findet man nur zwei Abmachungen. Auf Grund der einen übernimmt der Kommissionär es, für Rechnung des Kommittenten zu verkaufen, auf Grund der andern garantiert er ihm volle und pünktliche Zahlung. „Aber", bemerken sehr richtig Delamarre et le Poitvin[1], „ob man nun diese beiden Verträge zusammen oder getrennt nimmt, niemals wird man die Elemente eines dritten Vertrages herauspressen, der den Kommissionär zum Käufer macht unter der Bedingung, daß er einen weiteren Käufer finden kann".

Nach Locré's Ansicht soll der Kommissionär im Augenblick, wo er verkäuft, die Bedingung sich also erfüllt, zugleich Käufer und Verkäufer werden. Die Sache wird also erworben in einem Augenblick von zwei Personen, von denen aber nur eine Eigentümerin wird. Wie dies mit der Vernunft sich vereinigen läßt, ist nicht einzusehen. Außerdem ein höchst seltsamer Gedanke, diese vente conditionelle, den Kauf des Dritten als conditio sine qua non für den Kauf des Kommissionärs hinzustellen, dergestalt, daß dieser grade durch den Verkauf an den Dritten Käufer wird!

Übrigens faßt Locré nur den Fall einer vente conditionelle ins Auge. Wie er bei der Einkaufs- oder sonstigen Kommissionen sich seine Theorie denkt, sagt er nicht.

Die Schaffung des Art. 370 des A. D. H. G. trug viel zur Klärung des Begriffs der Delkrederehaftung bei. Art. 370 enthält die Vorschriften des § 394 des jetzigen H. G. B. Hiernach ist es ausgeschlossen, daß der Kommissionsvertrag durch die Übernahme des del credere in einen Kauf- oder Lieferungsvertrag umgeschaffen wird, es besteht vielmehr der Charakter der Übernahme des del

[1] Nr. 92.

credere in der Verpflichtung des Kommissionärs „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen hat, einzustehen".

Die Motive zum preußischen Entwurf[1] sprechen sich hierüber so aus: „Der Nebenvertrag der Übernahme des del credere ändert an der rechtlichen Natur des Kommissionsverhältnisses weiter nichts, als daß der Kommittent das Recht erhält, den Kommissionär als Selbstschuldner in Anspruch zu nehmen, ohne daß dieser befugt ist, ihn mittelst Abtretung seiner kontraktlichen Rechte an den Drittkontrahenten zu verweisen. v. Hahn[2] legt nun dieser Interpretation des Art. 370 die Bedeutung bei, daß der Kommissionär bei Delkrederestehen als selbstschuldnerischer Bürge für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten hafte. Diese Anschauung, daß man eben in der Delkrederekommission die Übernahme einer Bürgschaft zu sehen habe, ist entschieden am verbreitesten. Vor dem A. D. H. G. bezeichnet schon Brinckmann[3] diese Haftung als die eines „handelsrechtlichen Bürgen". Weitere Vertreter dieser Auffassung sind dann Heise[4], Goldschmidt[5], Jacoby[6], Rimpler[7]. Auch Grünhut[8] sieht in der Delkrederevereinbarung den Abschluß eines kaufmännischen Bürgschaftsvertrages, der „neben dem Kommissionsvertrage und ohne Umformung seiner juristischen Natur vorgenommen wird". Auch nach seiner Meinung tritt der Kommissionär als kaufmännischer Bürge für die Erfüllung der vom

[1] S. 155 ff.

[2] Anm. zu Art. 370, S. 474.

[3] S. 413.

[4] S. 51.

[5] Z. f. H. XXIII, S. 328: „Der einfache Delkrederevertrag ist gewiß nicht Assekuranz, wohl aber Bürgschaft ohne exceptio excussionis."

[6] S. 40.

[7] S. 61.

[8] S. 530.

Drittkontrahenten als Hauptschuldner eingegangenen Verbindlichkeiten ein. Diese Auffassung der Delkredere-Kommission als Bürgschaftsübernahme läßt sich mit Recht anfechten. Es ist einzuwenden: Der Kommissionär schließt doch in eigenem Namen[1] ab, ein Schuldverhältnis zwischen dem Dritten und dem Kommittenten kommt nicht zur Existenz; es fehlt daher der Hauptschuldner und die Begriffsbestimmung des § 765, Abs. 1, B. G. B: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen" trifft nicht zu.[2]

Grünhut[3] selbst sucht sich gegen diesen Einwand zu verteidigen, indem er die gegen den Drittkontrahenten formell für den Kommissionär begründete Forderung, da sie im Innenverhältnis kraft Gesetzes[4] auch schon vor der Abtretung als Forderung des Kommittenten gilt, juristisch für vollkommen geeignet hält, „als Hauptschuld und Objekt einer Bürgschaft des Kommissionärs zu funktionieren". Der Versuch Grünhut's, auf diese Weise eine Forderung des Kommittenten gegen den Drittkontrahenten zu konstruieren und so die Delkrederekommission als Bürgschaftsübernahme anzusehen, ist nicht zu billigen. Wie wir ausgeführt haben, sind eben zwei Rechtsgeschäfte zu trennen, das Kommissionsgeschäft und das Ausführungsgeschäft. Beim Kommissionsgeschäft übernimmt der Kommissionär als Schuldner des Kommittenten die Nebenverpflichtung des del credere, beim Ausführungsgeschäft

[1] Würde er im Namen seines Auftraggebers abschließen, also unmittelbarer Stellvertreter sein, wie z. B. ein Agent und als solcher das Delkredere übernehmen, so würde allerdings eine Bürgschaft vorliegen. Vgl. R. O. H. G. XII, S. 153.

[2] Vgl. Makower zu § 394 II, a. 1.
„ Staub zu § 394 a. 1.
„ Lehmann zu § 394, Anm. 3.
„ Marcinowski S. 358 ff.

[3] S. 350.

[4] Art. 368, Abs. 2 = § 392, Abs. 2.

dagegen ist er Gläubiger hinsichtlich der Forderung gegen den Dritten. Das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner des Ausführungsgeschäfts kann daher durch das del credere, den Nebenvertrag des Kommissionsgeschäfts, in keiner Weise modifiziert werden.

Allerdings ist die Haftung bürgschaftsähnlich. Makower[1] geht nun aber noch zu weit, wenn er zwar vor Abtretung der Forderung an den Kommittenten aus dem angeführten Grunde ebenfalls von dem Vorliegen einer Bürgschaft nichts wissen will, nach Abtretung der Forderung gegen den Drittkontrahenten jedoch ein vollständig der selbstschuldnerischen Bürgschaft entsprechendes Rechtsverhältnis annimmt. Mit Rücksicht darauf will er dann die Vorschriften des B. G. B. über eine bestehende selbstschuldnerische Bürgschaft ergänzend heranziehen. Er erklärt von diesem Zeitpunkt an die §§ 767, 768, 770, 774, 776 für anwendbar. Ich bin mit Lehmann[2] der Ansicht, „weil das Delkrederestehen keine Bürgschaft ist, so finden auch die Grundsätze des B. G. B. über die Bürgschaft keine Anwendung." Nach erfolgter Abtretung stehen vielmehr der Kommissionär und der Dritte im Verhältnis von Gesamtschuldnern. § 426 Abs. 2 B. G. B. bestimmt nun:

Wenn ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers auf ihn über.

Man spricht in solchem Fall von einer cessio legis. Daß dann insofern dieselbe Wirkung wie bei der Bürgschaft nach § 774 B. G. B. eintritt, ist richtig.

Man kann daher, wie gesagt, die Delkrederehaftung als bürgschaftsähnlich bezeichnen. Am besten jedoch wird man sagen:

Da im Delkrederestehen nur eine Erweiterung der Haftung des Kommissionärs aus dem Kommissionsvertrag

[1] Zu § 394 II, a, 1.
[2] Zu § 394, Fußnote 2.

selbst liegt, der Einstehungsvertrag also nur ein Nebenvertrag desselben, nichts von ihm Verschiedenes ist, so ist die Delkrederehaftung nur eine Modalität des Kommissionsgeschäfts selbst.[1][2]

Daraus folgt:

Durch das Bestehen der Einstehungspflicht werden die sonstigen Rechte und Pflichten aus dem Kommissionsvertrage unberührt gelassen. Die Pflicht zur Rechnungslegung besteht fort. Das Aussonderungsrecht des § 392, Abs. 2, H. G. B. bleibt dem Kommittenten.[3] Andererseits steht dem Kommissionär das gesetzliche Pfandrecht nach § 397 H. G. B. auch beim Delkrederestehen zu und auch sein Recht auf Selbsteintritt in Gemäßheit des § 400, Abs. 1, wird nicht dadurch ausgeschlossen. In letzterer Beziehung sagt das Reichsoberhandelsgericht[4] zutreffend:

„Der Art. 376 bestimmt allerdings, daß der Kommissionär nur dann als Selbstkontrahent eintreten darf, wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt habe. Eine solche andere den Eintritt als Selbstkontrahent ausschließende Bestimmung ist aber darin, daß der Kommissionär das del credere übernimmt, nicht zu finden."

§ 4. Voraussetzungen der Delkrederehaftung.

a. Wenn sie vom Kommissionär übernommen.

Wie sich aus dem Gesetz ergibt (§ 394, Abs. 1), hat der Kommissionär für die Erfüllung der Verbindlichkeit

[1] Dies erkannte schon Marcinowski (S. 358 ff), wenn er die Auffassung als Bürgschaft verwirft und sagt: „Das del credere ist eine eigentümliche, im kaufmännischen Verkehr etablierte Stipulation."

[2] Vgl. Lehmann zu § 394, a. 3.
„ Staub „ „ „ a. 1.
„ Makower „ „ „ a. IIb.
„ Dernburg S. 501.
„ Lepa S. 43.

[3] Vgl. R. O. H. G. IX, S. 233.

[4] XIX, S. 55.

des Dritten erstens einzustehen, „wenn dies von ihm übernommen ist", also auf Grund besonderer Vereinbarung. Es kann dies sowohl ausdrücklich wie stillschweigend geschehen. Ist eine besondere Delkredereprovision ausgemacht, so ist hierin eine ausdrückliche[1] Vereinbarung zu sehen, andererseits darf aus einer Vereinbarung über Nichtberechnung einer Provision noch nicht der Ausschluß der Delkrederehaftung vermutet werden. Ob eine stillschweigende Vereinbarung vorliegt, wird am besten nach den vorliegenden Umständen beurteilt. Ob insbesondere aus der Höhe der ausgemachten Provision, aus der Tatsache, daß bei früher abgeschlossenen Geschäften der Kommissionär seinem Auftraggeber stets für den Drittkontrahenten haftete, ein Delkrederestehen abgeleitet werden kann, ist quaestio facti. Auf jeden Fall wird man bei Auslegung des Kommissionsgeschäfts §§ 133, 157 B. G. B. zur Anwendung bringen und auch auf die Handelsgewohnheiten[2] Rücksicht nehmen.

Im französischen Recht, wo man die seit dem Reglement von 1586 bestehende ipso jure Delkrederehaftung aufgegeben hat und das del credere nur auf Grund eines besonderen Übereinkommens eintreten läßt, kann letzteres freilich auch stillschweigend gefolgert werden, sei es aus der Natur des Auftrages, sei es aus der Höhe der Provision (droit de commerce). Auf die Art und Weise, wie die kontrahierenden Parteien ihren gegenseitigen Willen darlegen, kommt es ferner nicht an, wenn sie nur einig sind. Ausschließlich in der Übereinstimmung, nicht in dem oder

[1] Makower (zu § 394 I, b, 1) und Staub (zu § 394, a. 2) erblicken im Ausbedingen einer Delkredereprovision eine stillschweigende Übernahme der Haftung. Eine „Delkredere"provision wird der Kommittent aber doch nur bewilligen, wenn ausdrücklich „Delkredere"stehen übernommen wird.

[2] H. G. B. 346. Diese Vorschrift ist jedoch nur anzuordnen, wenn sowohl Kommittent wie Kommissionär Kaufleute im Sinne des Gesetzes sind.

dem Ausdruck der Übereinstimmung besteht die Delkrederekonvention. Ob die Kontrahenten die Ausdrücke du croire, d'assurance de solvabilité gebraucht haben, ist gleichgültig. Der Beweis der Delkrederekonvention kann durch Zeugen, überhaupt auf jede Weise geführt werden, zum Unterschied vom Versicherungsvertrag, der in Gemäßheit des Art. 332 C. comm. schriftlich abgefaßt sein muß.[1]

b. Wenn sie am Ort der Niederlassung des Kommissionärs Handelsgebrauch ist.

Die erhöhte Sicherheit, welche dem Kommittenten die Garantie des Kommissionärs bietet, und die dadurch im Interesse des Ersteren beschleunigte Abwicklung des Geschäfts führte nun bereits vor dem A. D. H. G. an vielen Plätzen zu der Usance, bei allen Kommissionsgeschäften die Übernahme des Delkredere als ein naturale negotii anzusehen, und diese Usance hat das A. D. H. G. dann in der Weise sanktioniert, daß der Handelsgebrauch am Ort der Niederlassung des Kommissionärs dafür entscheidend sein sollte, ob das del credere schon ipso jure oder erst kraft Parteivereinbarung zur Entstehung gelangte. Diese Vorschrift (Art. 370) übernahm dann das neue H. G. B. und nach § 394, Abs. 1, hat der Kommissionär also zweitens für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen, wenn es am Ort seiner Niederlassung[2] Handelsgebrauch[3] ist.

[1] Vgl. Delamarre et le Poitvin Nr. 94.
„ Bédarride Nr. 142—144.
„ Bravard S. 268.
„ Alauzet Nr. 385.

[2] Bei mehreren Niederlagen des Kommissionärs ist diejenige maßgebend, auf deren Geschäftsbetrieb das Kommissionsgeschäft sich bezieht, wenn auch durch eine andere das Ausführungsgeschäft geschlossen wird. Vgl. Makower zu § 394 I, b, 2.

[3] Hier ist auch dann der Handelsgebrauch maßgebend, wenn der Kommittent nicht Kaufmann ist oder aus einem andern Grunde das Geschäft für ihn nicht Handelsgeschäft ist. Vgl. Anm. 2 S. 25.

Und zwar in diesem Fall auch gegen seinen Willen, ja sogar selbst dann, wenn dieser Geschäftsgebrauch dem Kommittenten unbekannt ist. Treffend sagt hier Lehmann:[1]

„Der Handelsgebrauch ist hier nicht lex contractus für die beiden Teile — Kommittent und Kommissionär —, sondern Tatbestandsmoment der dispositiven Norm."

Selbstverständlich kann daher durch besondere Parteivereinbarung dieser Handelsgebrauch außer Kraft gesetzt werden. Geschieht es nicht, wird eben angenommen, daß der Kommissionär sich ihm habe unterwerfen wollen.

§ 5. Gegenstand der Delkrederekommission.

a. Im allgemeinen.

Seine Hauptanwendung findet das Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Drittkontrahenten in dem Falle, daß diesem Kredit gegeben ist.[2] Dann übernimmt der Verkaufskommissionär die Haftung für pünktliche Zahlung des Kaufpreises. Doch ist die Übernahme des Delcredere keineswegs auf die Verkaufskommission beschränkt.[3] Ein solcher Nebenvertrag ist vielmehr gerade auch bei der Einkaufskommission nicht selten. Hier steht der Kommissionär für die ordnungsweise und prompte Lieferung der Ware ein. Aber auch sonst in jeder andern Hinsicht ist das Delkrederestehen denkbar, z. B. als Garantieübernahme des Spediteurs für gehörige Erfüllung des Frachtvertrages. Das Gesetz spricht daher auch all-

[1] Zu § 394 Nr. 5.

[2] Bei unbefugter Kreditgewährung greift § 393 ein, mithin im Fall des Verkaufskommissionärs § 393, Abs. 3, wonach der Kommissionär „sofort als Schuldner die Zahlung des Kaufpreises zu leisten" hat. Vgl. hierüber unten § 13, a.

[3] So Wilda S. 715: „Man bezeichnet mit diesem Ausdruck einen beim Kommissionshandel vorkommenden Nebenvertrag, wodurch der Kommissionär gegen eine erhöhte Provision (gewöhnlich 1%) sich verpflichtet, unbedingt für die Zahlungsfähigkeit des Kontrahenten aufzukommen." Vgl. auch Anm. 2, S. 12.

gemein von einer Haftung „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten".[1]

Auch ist es natürlich möglich, unter verschiedenen Modalitäten den Delkrederevertrag abzuschließen, beispielsweise die Haftbarkeit nur auf einen Teil der dem Drittkontrahenten obliegenden Leistung oder nur bis zu einer gewissen Höhe zu erstrecken, also von vornherein zu begrenzen. Hierbei haben sich Zweifel erhoben, ob schon in der Übernahme eines Delkredere für eine befristete Forderung auch eine zeitliche Begrenzung des Delkredere liegt.

Staub,[2] Makower[3] und Frankenburger[4] wollen das Delkrederestehen für eine betagte Forderung nach § 777 B. G. B. beurteilen. Das Richtige wird sein, daß sich eine feste Norm für die Beurteilung solcher Fälle nicht aufstellen läßt, der konkrete Fall vielmehr nach den vorliegenden Umständen behandelt werden muß.[5] Interessant ist hierfür eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts:[6]

Ein Agent W. hatte für einen Kornhändler den Verkauf von zehn Waggons Weizen an eine ausländische Firma nicht nur vermittelt, sondern abgeschlossen. Der Letzteren hatte er zwanzig Tage Ziel gegeben und sich auf die Bitte, „30 Tage" wie gebräuchlich sei, beim Kommittenten zu erwirken, nicht eingelassen. Die Firma hatte sich dann direkt an den Kornhändler gewandt, welcher ohne zuvorige Anfrage bei W. auf eine Zielverlängerung einging, dergestalt, daß er einen Monats-

[1] Vgl. Makower zu § 394 II, d.
„ Staub zu § 394, Anm. 3.
„ Lehmann zu § 394, Nr. 2.
[2] Zu § 394, a. 9.
[3] Zu § 394 II, a. 1.
[4] Anm. zu § 394.
[5] Die analoge Anwendung der Vorschriften über die Bürgschaft haben wir bereits oben abgelehnt.
[6] V, S. 352 ff.

wechsel zog. Als dann dieser am Verfalltage nicht eingelöst wurde, sondern unter Protest auf den Kornhändler zurückging, wollte er sich auf Grund des Delkredere wegen seines Ausfalls bei der Liquidation an W. halten. Dieser wandte jedoch ein, er habe nur auf 20 Tage Haftung übernommen, der Kläger habe durch Verlängerung des Zahlungsziels die Nichtzahlung verschuldet. Nachdem die Sache durch zwei Instanzen gegangen war, schloß sich das Reichsoberhandelsgericht der Ansicht des ersten Richters an, der den Kläger abgewiesen hatte. Es sah besonders in der Ausmachung einer ungewöhnlich kurzen Frist — ein Monat war in solchem Fall die Regel — und in dem Abschlagen einer Verlängerung derselben seitens des W. eine ausdrückliche Erklärung, nur für die ganz bestimmte Frist von 20 Tagen die Delkrederehaftung zu übernehmen. Da nun außerdem innerhalb dieser 20 Tage die Firma noch solvent war und fähig gewesen wäre, den Wechsel zu honorieren, so erkannte das Reichsoberhandelsgericht den Einwand des Beklagten als berechtigt an und resumierte sein Urteil dahin: „daß unter den vorliegenden Umständen der Kläger den Anspruch aus dem Delkredere durch willkürliche Verlängerung des Ziels verwirkt hätte."

b. Kommissionsweiser Wechselankauf.

Besonders zu besprechen ist die Delkrederehaftung beim kommissionsweisen Wechselankauf, weil auch hier sich Zweifel erhoben haben. § 395 H. G. B. bestimmt:

Ein Kommissionär, der den Ankauf eines Wechsels übernimmt, ist verpflichtet, den Wechsel, wenn er ihn indossiert, in üblicher Weise und ohne Vorbehalt zu indossieren.

Auf die Voraussetzungen der Übernahme des Ankaufs eines Wechsels und wann der Kommissionär verpflichtet ist, den Wechsel zu indossieren, gehen wir hier nicht weiter ein. Liegt die Tatsache vor, daß der Kommissionär

einen Wechsel indossiert, so muß er bei Strafe des Schadensersatzes in Gemäßheit des § 385 dies „in üblicher Weise und ohne Vorbehalt“ tun.[1] Die Folge einer solchen Indossierung ist nun, daß er jedem späteren Nachmann wechselmäßig haftet, vorbehaltlich der Ersatzforderung für das Gezahlte gegen seinen Kommittenten (B. G. B. §§ 675, 670). Dem unmittelbaren Nachmann, dem Kommittenten, aber kann er einen auf Art. 82 W. O.[2] beruhenden Einwand aus dem unterliegenden Verhältnisse entgegensetzen, daß er den Wechsel nur in Ausführung eines Kommissionsvertrages indossiert habe, der Ankauf also für Rechnung des Kommittenten erfolgt sei. Infolgedessen enthält die Indossierung eines Wechsels an sich keine Übernahme der Einstehungspflicht. Die Ansicht Lüddes,[3] „das vorbehaltlose Indossement des Kommissionärs sei stets als Delkrederestehen zu betrachten“ ist daher zu verwerfen. Ein solches muß vielmehr im Einzelfall in Gemäßheit des § 394 übernommen werden oder auf dem Handelsgebrauch am Ort der Niederlassung des Kommissionärs beruhen. In diesem Fall greift dann die Einrede aus dem unterliegenden Verhältnis nicht Platz, sondern es besteht eine Haftung des Kommissionärs für den Eingang des Wechsels.[4] „Allein dann ist“, wie das Reichsgericht[5] sagt, „diese Garantieübernahme der eigentliche materielle Klagegrund und der Kommittent hat diesen Inhalt der Vereinbarung zu beweisen“.

[1] Er darf daher keine Zusätze in Gemäßheit der Art. 14, 15, 17 W. O. wie „ohne Obligo, ohne Gewährleistung, nicht an Ordre, in Prokura“ hinzufügen oder sonstige Vorbehalte, welche von der im geschäftlichen Verkehr üblichen Form abweichen und deshalb geeignet sind, die Weiterbegebung des Wechsels zu erschweren.

[2] Art. 82 W. O.: Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen.

[3] S. 27.

[4] Vgl. Grünhut S. 520 ff.

[5] XX, S. 113.

§ 6. Rechtswirkung der Delkrederekommission.

a. Unmittelbare Haftung des Kommissionärs im Zeitpunkt des Verfalls.

§ 394, Abs. 2, bestimmt:

Der Kommissionär, der für den Dritten einzustehen hat, ist dem Kommittenten für die Erfüllung im Zeitpunkt des Verfalls unmittelbar insoweit verhaftet, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnisse gefordert werden kann.

Nach dem Gesetz ist also der Kommissionär nicht nur verhaftet, daß die Verbindlichkeit des Dritten erfüllt wird, sondern auch dafür, daß diese Erfüllung „im Zeitpunkt des Verfalls" erfolgt. Geschieht letzteres nicht, so kann der Kommittent ihn „unmittelbar", d. h. in erster Linie in Anspruch nehmen.[1]

Eine exceptio excussionis steht daher dem Kommissionär nicht zu. Der Kommittent braucht keineswegs sich die Forderung cedieren zu lassen und zunächst zu versuchen, ob er sie vom Drittkontrahenten einziehen kann. Andererseits ist jedoch in der Übernahme des Delkredere keineswegs ein Verzicht auf die Forderung gegen den Drittkontrahenten zu erblicken.[2] Es steht ihm

[1] Vgl. R. O. H. G. IX, S. 233, u. XX, S. 383.

[2] Dies ist besonders wichtig im Konkurse des Kommissionärs. Hier bleibt dem Kommittenten die Forderung gegen den Drittkontrahenten. Er kann sich jetzt direkt kraft seines Aussonderungsrechts in Gemäßheit des § 392, Abs. 2 H. G. B., an ihn halten, ohne damit seinen Anspruch gegen die Konkursmasse — wenn auch hier natürlich nur als nicht bevorrechtigter Konkursgläubiger — wegen eines etwaigen Ausfalls einzubüßen. Die Sicherheit des Kommittenten soll doch grade durch die Delkrederehaftung vermehrt werden. Mit Recht sagt daher das Reichsoberhandelsgericht (IX, S. 231): „Würde das Delkredere den Kommittenten hindern, im Konkurse des Kommissionärs die Außenstände sich übereignen zu lassen, so würde es ihn nicht besser, sondern schlechter stellen, nämlich ihm unter Umständen den solventen Schuldner entziehn und den insolventen belassen." Vgl. auch Grünhut S. 362.

also frei, diesen umständlicheren Weg zu wählen, das Gesetz verpflichtet ihn aber nicht dazu. Aber auch dann, wenn er diese Einziehung versucht, doch ohne Erfolg, kann er jederzeit noch den Kommissionär belangen, solange er eben nicht voll befriedigt ist.

Auch im französischen Recht sind Doktrin und Praxis nach anfänglichem Zaudern der Regel Casaregis[1] gefolgt.

Verior et menti mercatorum magis accomodata usuque recepta est — — opinio sustinens obligationem principalem sine remedio excussionis fuisse vigore huiusmodi verborum contractam. Inter mercatores locum non habet exceptio excussionis.

Sehr richtig bemerken hierzu Delamarre et le Poitvin[2]: „Die Formalitäten der Teilhaftung vertragen sich nicht mit der Schnelligkeit der Operationen im Handelsverkehr und der Notwendigkeit gewissen Eingangs der Forderungen zur bestimmten Zeit".

Ein beneficium excussionis ist also auch hier dem Kommissionär versagt[3]. Der Delkrederekommissionär muß also nicht nur überhaupt für die Solvenz des Käufers aufkommen, sondern auch für sofortige Zahlung im Zeitpunkt des Verfalls.

b. Insoweit, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnis gefordert werden kann.

Der Kommissionär haftet nicht schlechthin für die Erfüllung des Ausführungsgeschäfts, vielmehr steht er nur ein „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten". Hat er also überhaupt mit einem Dritten nicht abgeschlossen, kann er natürlich auch nicht „für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten" einstehen; dann haftet er daher

[1] Discursus legales de commercio (Venetiis 1760) disc. 68. Nr. 12, 14.

[2] Nr. 88, Abs. 4.

[3] vgl. Bédarride Nr. 140, Bravard S. 267, a. 2.

nur auf Schadensersatz, nicht aber etwa auf Erfüllung des Geschäfts, wie er es hätte abschließen können und müssen.

Ist er aber mit dem Dritten das aufgetragene Geschäft eingegangen, so ist jedoch in keinem Falle der Umfang seiner Haftung größer als der der Haftung des Dritten, vielmehr ist er nach dem Gesetz nur „insoweit verhaftet, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnis gefordert werden kann". Er kann daher auf alle Einwendungen, die er sich aus dem Ausführungsgeschäft von dem Dritten gefallen lassen muß, sich seinerseits stützen[1]. So hat er z. B. bei der Einkaufsmission kasuelle Unmöglichkeit[2] der Erfüllung nicht zu vertreten. Ferner kann z. B. der Verkaufskommissionär dem Kommittenten die exceptio non adimpleti contractus entgegensetzen, d. h. den Einwand des dritten Käufers, die Ware sei in beschädigtem oder mangelhaftem Zustande abgeliefert worden[3].

Hierbei wirft sich die Frage auf, ob der Kommissionär sich auch derjenigen Einreden bedienen kann, die er selbst verschuldet hat. Grünhut[4] und Staub[5] sind der Ansicht, daß in solchem Falle der Kommittent der exceptio des Kommissionärs mit einer replicatio doli begegnen könne. Hiernach müßte der Verkaufskommissionär, wenn

[1] Um sich den Beweis dieser Einreden zu erleichtern, wird er im Prozeß mit dem Kommittenten von der Streitverkündung an den Dritten in Gemäßheit der §§ 72 ff. C. P. O. Gebrauch machen.

[2] Bei der Versicherung müßte er grade in solchem Fall eintreten und den in Geld abgeschätzten Schaden ersetzen. Die Übernahme einer solchen unbedingten Haftung heißt Kreditassekuranz.

[3] Vgl. R. O. H. G. XIX, S. 187, XXI, S. 146. In letzterem, besonders lehrreichem Fall setzt der Delkrederekommissionär der Klage des Kommittenten auf Zahlung des Kaufpreises die auf die Fehlerhaftigkeit der Ware gestützte Einwendung quanti minoris entgegen.

[4] S. 356.

[5] Zu § 394, Anm. 5.

er z. B. ohne Wissen und Willen des Kommittenten der Kommissionsware besondere Eigenschaften angedichtet hat und nun der Dritte die Erfüllung des Geschäfts verweigerte, jetzt seinerseits dem Kommittenten auf Erfüllung haften. Da nun aber das Gesetz von einer Haftung spricht nur „insoweit, als die Erfüllung aus dem Vertragsverhältnisse gefordert werden kann", so kann der Kommissionär sich auch derjenigen Einreden bedienen, die er selbst verschuldet hat. In vorliegendem Fall also wird der Kommissionär sich auf seine eigenen unwahren Angaben dem Kommittenten gegenüber berufen können; er haftet daher nicht für die Erfüllung des Ausführungsgeschäfts, falls der Dritte zurücktritt, sondern ist nur zum Schadensersatz verpflichtet. Würde der Dritte, statt zurückzutreten, verhältnismäßige Herabsetzung des Kaufpreises verlangen und der Kommittent auf diese Weise in Wirklichkeit keinen Schaden erleiden, so hätte er auch keine Forderung gegen den Kommissionär auf den höhern Preis[1].

Mit Recht sagt daher Makower[2]: „Es liegt also in einer Erwiderung seitens des Kommittenten" (auf die exceptio des Kommissionärs) „keine Inanspruchnahme auf Grund des Delkrederenebenvertrages, wohl aber auf Grund der aus dem Kommissionshauptvertrage sich ergebenden Sorgfaltspflicht".

Aus demselben Grunde haftet der Kommissionär, der die Weisungen seines Kommittenten beim Abschluß des Geschäfts nicht befolgt — falls der Kommittent das Geschäft überhaupt für seine Rechnung gelten läßt, was er nach § 385 nicht braucht — nur in dem Maße, wie der Dritte aus dem ordnungswidrig geschlossenen Geschäft haften würde, auf Erfüllung. Selbstverständlich kann er im übrigen auf Schadensersatz belangt werden.

[1] Vgl. Cosack S. 182, Rimpler S. 64.
[2] Zu § 394 II, f.

In den oben erwähnten Fällen, in welchen der Dritte die exceptio non adimpleti contractus und exceptio quanti minoris wegen Ablieferung in beschädigtem oder mangelhaftem Zustand dem Kommissionär gegenüber hat, könnte daher der Kommittent unter Umständen den Kommissionär wegen Nichterfüllung der Vorschriften betreffs Kommissionsgutes in beschädigtem oder mangelhaftem Zustande in Gemäßheit des § 388[1] auf Schadensersatz belangen, letzterer kann sich aber seinerseits auf den Zustand des Guts berufen.

„Das strengere Präjudiz", sagt eine Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts,[2] „welches das Landgericht ohne weiteres gegen den Beklagten zur Anwendung gebracht hat, daß sich nämlich der Kommissionär im Unterlassungsfall auf den mangelhaften Zustand des Guts gegen den Kommittenten nicht berufen kann, enthält der preußische Entwurf zum H. G. B. im Art. 280. Dasselbe ist aber bei der Beratung zum H. G. B. ausdrücklich als zu hart abgelehnt worden."

Würde der Delkredere stehende Verkaufskommissionär es unterlassen, eine ihm vom Drittkontrahenten zugegangene Mängelrüge an den Kommittenten weiterzugeben, würde er, falls er auf Erfüllung von seinem Kommittenten in Anspruch genommen würde, dadurch nicht etwa mit seiner Einrede nach § 377 H. G. B.[3] ausgeschlossen sein, vielmehr würde die Unterlassung der Weitergabe ihn nur schadensersatzpflichtig machen.

Abmachungen zwischen Kommittent und Dritten, die seine Lage verschlechtern können, braucht natürlich der Kommissionär nicht zu dulden.[4] Verzichtet der Kommittent

[1] Die Rechte gegen den Frachtführer zu wahren, für den Beweis des Zustandes zu sorgen und dem Kommittenten unverzüglich Nachricht zu geben.

[2] In H. G. Z. IX, S. 228.

[3] Folgen der Unterlassung rechtzeitiger Mängelrügen.

[4] Vgl. S. 28.

auf die ihm vom Kommissionär cedierten Rechte gegen den Dritten, wird der Kommissionär von seiner Haftung befreit. Auf solche Einwendungen jedoch wiederum, die nur zwischen dem Kommissionär und dem Dritten persönlich wirksam sind, wie z. B. den Einwand der Aufrechnung, des Erlasses seitens des Kommissionärs und dergl. kann sich natürlich der Kommissionär nicht berufen.

Im französischen Recht garantiert auf Grund des del credere der Kommissionär alle Ereignisse, selbst höhere Gewalt, die die Insolvenz des Schuldners herbeiführen können. Die Verpflichtung ist eben eine absolute, die keine Ausnahme duldet. Schon die Tatsache, daß der Schuldner nicht zahlt oder nicht zahlen kann, verpflichtet den Delkredere-Kommissionär seinerseits zu zahlen, gleichgültig, welches der Ursprung und die Gründe der Insolvenz sind[1].

Dies hat ein Urteil des Marseiller tribunal de commerce festgelegt.[2] Es handelt sich hier um einen Fall, wo infolge der griechischen Insurrektion im Jahre 1821 alle Güter des Käufers konfisziert wurden und es ihm daher unmöglich war, zur festgesetzten Zeit zu zahlen. Der Kommissionär behauptete nun, er habe sich zwar verpflichtet, für die Solvenz des Käufers einzustehen, aber nach seiner Meinung hieße das nicht, handelsrechtlich gesprochen (commercialement parlant), für alle Ereignisse, sogar höhere Gewalt, die die Insolvenz des Käufers herbeiführen könnten, einzustehen; er habe nur die gewöhnlichen und im Augenblick des Kontraktschlusses vorherzusehenden Ereignisse auf sich genommen. Das Gericht entschied anders mit der Begründung:

Durch das Delkredere hat der Kommissionär schlechthin das Einstehen für die Solvenz des Käufers übernommen,

[1] Vgl. Delamarre et le Poitvin Nr. 87.
„ Bédarride Nr. 141.
„ Lyon Caen-Renault S. 368.

[2] Jurisp. de Marseille tome 11, 1re partie, pag. 106.

gleichgültig, wie dieser zahlungsunfähig würde. Nach Handelsgebrauch und gemäß dem vermutlichen Willen der Parteien dürfe kein Unterschied gemacht werden zwischen der Insolvenz, die herstammt aus gewöhnlichen Ereignissen, und solchen, die, wie die Konfiskation, infolge höheren Gewalts, eintritt.[1]

c. Das Rechtsverhältnis beim Fehlen jeglicher Gefahrtragung auf Seiten des Kommissionärs.

Zum Schluß unserer Betrachtungen über die Delkredere-haftung wirft sich nun noch die Frage auf, wie das Rechtsverhältnis zu beurteilen ist, wenn der Kommissionär aus besonderen Gründen in der Tat gar keine Gefahr gelaufen ist? Kann da noch vom Vorliegen einer Delkredere-Kommission die Rede sein? Hat der Kommissionär trotzdem einen Anspruch auf die erhöhte Provision, die doch der Preis für die Gefahren, denen sich der Kommissionär aussetzt, sein soll?

Wir können die Frage nach einem dreifachen Gesichtspunkt betrachten:

Erstens, wie liegt es bei augenscheinlicher und sicherer Solvenz des Drittkontrahenten, wie verhält es sich zweitens beim Verkauf gegen bar, drittens wie gestaltet sich der Fall bei Abschluß eines Kreditgeschäfts und nachheriger Zahlung des Kaufpreises gegen Abzug eines Diskonts vor dem Verfalltage? Was nun den ersten Fall anbetrifft: die augenscheinliche und sichere Solvenz des Drittkontrahenten, kann man, hat man sich gefragt, bei zweifelloser Kreditfähigkeit dieses Dritten, oder wenn dieser die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten durch Bürgen oder Pfand gesichert hat und so also eine Gefahr kaum zu befürchten, ja vielleicht ganz unwahrscheinlich ist, kann

[1] Vgl. Bédarride Nr. 140.
„ Delamarre et le Poitvin Nr. 88.
„ Bravard S. 268.
„ Alauzet Nr. 384.

man dann dafür einstehen? Und doch muß man die Frage bejahen. Bei den Wechselfällen des Handelsverkehrs können die zahlungsfähigsten Kaufleute in Schwierigkeiten kommen.

„Mercatores", hat einst schon Casaregis gesagt, „interdum videntur divites, et revera sunt pauperes." Jedes, auch das leistungsfähigste Haus kann, besonders zu Zeiten einer Handelskrisis, zu Fall kommen. Daher, selbst beim Abschluß mit dem sichersten Haus, hat man niemals die absolute Gewißheit über den Ausgang des Geschäfts. So entfernt daher die Gefahr auch erscheint und so wenig man eine solche vermutet, sie existiert doch und kann sehr wohl das Objekt für einen Garantievertrag bilden.

Was nun für den Drittkontrahenten gilt, muß man analog von den Bürgen sagen. Heute solvent, wer weiß, ob in Monaten auch noch? Und ebenso kann der Wert eines Pfandes infolge Sinkens des Preises sich stark herabmindern.[1]

Wir betrachten jetzt den zweiten Fall: Der Verkauf hat stattgefunden gegen bar, der Käufer hat die Sache nur gegen Erstattung des Preises empfangen.

Hat der Kommissionär die Delkredereprovision zu beanspruchen? Grünhut[2] verneint es. Er sagt: „Jede Kreditgebung genügt, auch wenn sie mit einem Tag- und Bargeschäft verknüpft ist, also wenn, obwohl ein Zeit-Lieferungsgeschäft nicht vorliegt, dessenungeachtet die Leistung des dritten Kontrahenten nicht unmittelbar nach der Perfektion zu erfolgen hat. Anders aber in der Regel, wenn unmittelbar nach der Perfektion des Vertrages Zug um Zug geleistet wird."

Treitschke[3] und Poehls[4] sind derselben Ansicht.

[1] Vgl. Bédarride Nr. 145, Delamarre Nr. 97.
„ Grünhut S. 364.
[2] S. 364.
[3] S. 28.
[4] S. 269.

Auch Staub[1] schließt sich Grünhut an. Nach seiner Meinung ist „das Übernehmen der eventuellen Haftung nur der Nebenvertrag, durch welchen der Kommissionär verpflichtet wird, die Gefahr zu tragen, wenn eine solche entstehen sollte. Daß aber jemand für den bloßen Abschluß des Vertrages bezahlt wird, ist etwas Ungewöhnliches, wenn es auch begrifflich denkbar ist und vorkommt."

Ich glaube, daß man in diesem Punkt Grünhut und Staub nicht folgen darf, vielmehr scheint mir die Ansicht Hahns,[2] die auch Lehmann[3] vertritt, die allein richtige zu sein. In der Delkredereprovision liegt eben eine Vergütung schon für das Übernehmen der Haftung, für die Gefahr, die etwa entstehen könnte, nicht bloß für das Tragen der Gefahr, die wirklich entstanden ist.

„Hat der Kommissionär", sagt Lehmann,[4] „tatsächlich das Geschäft als Bargeschäft abgeschlossen, so daß Zug um Zug erfüllt wird und er keine Gefahr läuft, so kann er bei vertragsmäßiger Übernahme die Delkredereprovision nichtsdestoweniger fordern, denn er hat es nur übernommen, für den Dritten einzustehen („einzustehen hat"), und der Umstand, daß diese Übernahme nachher praktische Folgen nicht hat, befreit den Kommittenten nicht von der Zahlung der Delkredereprovision.

Bei handelsgebräuchlicher Verpflichtung zum Delkrederestehen wird man eine Provision nur dann zubilligen können, wenn wirkliche Möglichkeit des Einstehens im konkreten Fall gegeben ist."

Auch bei den französischen Schriftstellern findet man hinsichtlich dieses Punktes lebhaften Streit. „Wo liegt die Gefahr für den Kommissionär, und welcher Grund liegt vor, daß die Delkredereprovision geschuldet wird?"

[4] Zu § 394, Anm. 7.

[1] Zu Art. 370, § 8.

[2] Zu § 394, Nr. 9.

[3] Zu § 394, Nr. 9.

fragt Bédarride.[1] Sehr richtig gibt er dann selbst die Antwort: „In der Natur des Vertrages selbst. Der Verkauf gegen bar ist einer der günstigen Fälle für den Kommissionär, die zusammen mit den widrigen Zufällen das sogenannte aléa des Vertrages ausmachen.“

Dies hat schon Savary[2] verstanden und empfunden, wenn er treffend sagt: Die Delkredeprovision ist verdient, ob nun die Ware gegen bar oder auf Kredit verkauft wird, parce qu'il faut que le fort porte le faible.

Delamarre et le Poitvin,[3] die zugeben, daß dieser Brauch bestanden hat zur Zeit Savarys, weil eben dieser berühmte Schriftsteller, ein ebenso ausgezeichneter Kaufmann wie tüchtiger Jurist, ihn bezeugt, halten ihn durchaus für veraltet. Sie sehen darin für den Kommissionär eine leichte Gelegenheit, sich einen Vorteil zu verschaffen, ohne eine Gefahr zu laufen.

Hierauf macht Bédarride[4] mit Recht geltend: Wenn allerdings der Auftrag den Kauf gegen bar vorschreibt, würde das Ausbedingen einer del credere Provision weder Zweck noch Grund haben. Hat jedoch der Kommittent es dem Ermessen des Kommissionärs überlassen, ob er auf Kredit abschließen wolle oder nicht, so ist der Kommissionär berechtigt, je nach dem Interesse des Kommittenten das Eine oder Andere zu tun; würde nun der Kommissionär nur bei Abschluß unter Kreditgewährung die Delkredereprovision bekommen, läge die Versuchung nahe, um das Entgehen derselben zu vermeiden, daß er nur so abschlösse, obwohl er im Interesse des Kommittenten auch ohne solche hätte abschließen können.

Nun kann freilich nicht geleugnet werden, daß der Kommissionär wohl geneigt ist, da er also in jedem Fall

[1] Vgl. Nr. 146.

[2] Jacques Savary, Parfait negociant (II. ed. Paris 1679) II. Teil, III. Buch, III. Kap., S. 246.

[3] Nr. 96.

[4] Nr. 147.

ein Recht auf die Delkredereprovision hat, den Auftrag mit Vermeidung der Kreditgewährung auszuführen, da er so in der Lage ist, ohne selbst eine Gefahr zu laufen, eine Provision zu gewinnen. Verstößt er aber hierbei gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, so hat er sich aus diesem Gesichtspunkt heraus zu verantworten.

Im übrigen kann man das Résumé Bédarride's[1] nur billigen:

Das del credere ist ein aleatorischer Vertrag, d. h. ein Gemisch von glücklichen und unglücklichen Zufällen. Wer sich den letzteren aussetzt, muß auch den Genuß der ersteren haben: le fort doit porter le faible.

Die Delkredereprovision ist also verdient, auch wenn in concreto begrifflich von einem Gefahrlaufen nicht die Rede sein kann.

Wenn wir uns jetzt dem dritten Punkt zuwenden: es ist ein Kreditgeschäft abgeschlossen, der Drittkontrahent zahlt aber den Kaufpreis gegen Abzug eines Diskonts vor dem Verfalltage.

In diesem Fall wird das durch den Abschluß des Zeitgeschäfts erworbene Recht des Kommissionärs auf die Delkrederekommission in keiner Weise beeinträchtigt.[2]

„Es ist ein Verkauf gewesen", sagt Bédarride,[3] „der auf Kredit abgeschlossen war, folglich ist die Delkredereprovision dem Kommissionär verdient, der für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners und die pünktliche Zahlung eingestanden hat. Der spätere Vertrag zwischen Kommittent und Schuldner kann dem Kommissionär nicht entgegengesetzt werden, sein Recht hat er definitiv erworben durch die Tatsache des Verkaufs auf Kredit."

---

[1] Nr. 147.
[2] Vgl. Lehmann zu § 394, Nr. 10.
„ Grünhut S. 366.
[3] Nr. 148.

Auch Delamarre et le Poitvin[1] sprechen sich ähnlich aus. Freilich, meinen sie, wenn der Drittkontrahent am Tage der Lieferung selbst zahlt, so sei es, als wenn das Geschäft gegen bar abgeschlossen wäre und der Kommissionär, der keine Gefahr liefe, habe auch keinen Anspruch auf Delkredereprovision. Zahlt der Drittkontrahent aber erst eine gewisse Zeit nach Lieferung vorzeitig, so habe immerhin eine Zeitlang die Gefahr der Insolvenz auf dem Kommissionär gelastet.[2]

2. Kapitel. Die Erfüllungshaftung im Fall der Namensverschweigung des Drittkontrahenten.

§ 7. Allgemeines.

Wird im Interesse des Kommittenten eine prompte und anstandslose Abwicklung des Ausführungsgeschäfts nach § 394 zu sichern versucht durch eine Garantieübernahme, der sich der Kommissionär unterzieht: „wenn dies von ihm übernommen oder am Ort seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist", so ist eine derartige Sicherstellung des Kommittenten hinsichtlich der Erfüllung seiner Ansprüche in erhöhtem Maße geboten, wenn die Gefahr seiner an und für sich schon wenig günstigen Situation bei grundsätzlicher Nichthaftung des Kommissionärs durch Umstände, die im Verhalten des letzteren liegen, noch erhöht wird. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Kommissionär in der Ausführungsanzeige vom Abschluß

[1] Nr. 96.
[2] Vgl. auch Alauzet Nr. 386.

des Geschäfts den Namen des Dritten verschweigt. Hier schützt nun das Gesetz den Kommittenten gegen alle Eventualitäten.

§ 384, Abs. 3, bestimmt:

Der Kommissionär haftet dem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts, wenn er ihm nicht zugleich mit der Anzeige von der Kommission den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.

Diese Erfüllungshaftung für alle Fälle der Nichtnamhaftmachung des Drittkontrahenten ist nun eine Vorschrift, die das A. D. H. G. in dieser Form nicht gekannt hat. Zum Verständnis des Inhalts und der Rechtswirkungen ist es notwendig, uns ihre geschichtliche Entstehung zu vergegenwärtigen.

§ 8. Geschichtliche Entstehung der Bestimmung über die Erfüllungshaftung bei Nichtnamhaftmachung des Dritten.

a. Folgen der Namensverschweigung vor Schaffung des Art. 376 des A. D. H. G.

Von dem Aufkommen einer „unbestimmten Ausführungsanzeige“ und den sich daraus ergebenden Folgen, einer Art Selbsthaftung, die allerdings meistens in Gestalt einer Delkrederehaftung noch besonders übernommen wurde, war bereits die Rede. Auch über die vergeblichen Bestrebungen der Delkredere stehenden Kommissionäre, vollends die Stellung von Eigenhändlern sich zu erobern, ist gesprochen worden.[1] Und, können wir mit Breit[2] sagen: „es würde den Kommissionären wohl niemals gelungen sein, bei der schroff ablehnenden Haltung des preußischen Obertribunals und des Lübecker Ober-

[1] Vgl. S. 13 ff.

[2] S. 19.

appellationsgerichts, aus der Selbstverpflichtung auch die Selbstberechtigung abzuleiten, wenn ihnen nicht durch die Legislative ein unerwarteter Beistand zuteil geworden wäre — ein Beistand, der allerdings weniger auf Absicht als auf mangelhafter Gesetzgebungstechnick beruht!"

b. Enge Beziehung des Selbsteintritts und der unbestimmten Ausführungsanzeige durch gesetzliche Regelung beider Fragen im Art. 376.

Damit der Kommittent die Richtigkeit des Preises prüfen kann, Schlichen des Kommissionärs zu begegnen in der Lage ist, vor allem aber damit er, falls die Person und Vermögenslage des Drittkontrahenten es erheischt, die erforderlichen Schritte und Maßregeln wie z. B. rechtzeitige Klagestellung, Eingehung einer Versicherung, vornehmen kann, ist er stark interessiert daran, den Namen des Drittkontrahenten zu erfahren. Andererseits ist jedoch dem Kommissionär wieder sehr daran gelegen, den Namen verschweigen zu dürfen, um seine Geschäftsverbindungen nicht aufzudecken. Sein ganzes Geschäft beruht ja darauf, daß er Abnehmer und Lieferanten an der Hand hat, welche für den Geschäftsbetrieb des Kommittenten von Bedeutung sind, ohne daß dieser imstande ist, mit diesen Kunden selbst in Verbindung zu treten. Müßte der Kommissionär unbedingt den Namen des Drittkontrahenten offenbaren, würde der Kommittent in Zukunft einfach sich direkt an den Dritten wenden. In der Nürnberger Konferenz sah man daher ebensosehr die Notwendigkeit ein, dem Kommissionär das Verschweigen des Drittkontrahenten zu gestatten, als man andererseits davon überzeugt war, daß dem Kommittenten der nötige Schutz gegen die hieraus entspringende Gefahr zu gewähren sei.[1] In demselben Artikel nun, in dem das

[1] Lutz, Prot. S. 1213: „Man kann allerdings den Kommissionär nicht zwingen, seine Kunden dem Kommittenten zu nennen. Der

in Theorie und Praxis viel umstrittene Selbsteintrittsrecht zuerst gesetzlich geregelt wurde, dem Art. 376, wurde nach langen Beratungen im Abs. 3 das Problem der unbestimmten Ausführungsanzeige gelöst, und es wurden dadurch diese beiden Fragen in eine bis dahin völlig unbekannte nahe Beziehung zueinander gebracht. Von nun an steht die Geschichte des modernen Selbsteintritts in engstem Zusammenhang mit der unbestimmten Ausführungsanzeige.

Art. 376, Abs. 3, bestimmt nämlich:

Macht der Kommissionär nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrags eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft, so ist der Kommittent befugt, den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen.

Über den Charakter dieser dem Kommittenten zugesprochenen Befugnis, über ihr Verhältnis zum Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs und über die Behandlung der durch die Ausübung jenes Rechts entstehenden Verhältnisse ist viel gestritten worden. Näher darauf einzugehen, ist hier nicht der Ort.

c. Reformarbeiten der Börsen-Enquete-Kommission.

Hervorzuheben ist hier, daß es an einer ausdrücklichen Vorschrift fehlte, innerhalb welcher Frist oder bis zu welchem Zeitpunkte der Kommissionär spätestens eine Erklärung über den Selbsteintritt abgeben müsse. Ins-

Kommittent kann aber auch nicht ganz der Diskretion des Kommissionärs anheim gegeben werden; man darf den Kommittenten nicht in die Lage versetzen, daß ihm der Kommissionär nachträglich einen insolvent gewordenen Kaufmann als den Käufer seiner Ware, eine untergegangene Ware als die für ihn erkaufte bezeichne, ohne daß, selbst angenommen, die Mitteilungen beruhten auf Wahrheit — — — —, der Kommittent durch rechtzeitige Klagestellung, durch Eingehung einer Versicherung hätte Fürsorge treffen können!

besondere herrschte lebhafter Streit darüber, ob er nach Abgabe einer unbestimmten Ausführungsanzeige hierzu befugt sei. Es finden sich die abweichendsten Meinungen, deren jede von angesehenen Autoritäten verteidigt wird.[1]

Schließlich war in Theorie und Praxis die überwiegende Anschauung, daß der Kommissionär auch noch nach der unbestimmten Ausführungsanzeige den Selbsteintritt erklären könne.[2]

Diese Ansicht, daß der Kommissionär, wenn die allgemeine Ausführungsanzeige die Ausübung und Konsumierung seines Rechts, „den Auftrag alternativ nach seiner Wahl entweder durch ein mit einem Dritten abzuschließendes, dem Auftrage entsprechendes Geschäft oder aber dadurch, daß der Kommissionär als Selbstverkäufer liefert resp. als Selbstkäufer behält, das Geschäft also in sich abschließt, auszuführen“[3] nicht enthält, unbehindert ist, später noch beliebig für die eine oder andere Alternative sich zu entscheiden, hat dann auch das Reichsgericht dauernd vertreten.[4] Ja, eine Entscheidung[5] sprach sich dahin aus, die Befugnis zum Selbsteintritt könne „nach den Zwecken des Kommissionsgeschäfts“ nicht durch eine bestimmte zeitliche Grenze beschränkt sein und sei auch noch im Prozesse gegeben. So konnte es daher geschehen, „daß der Kommittent noch nach Wochen und Monaten nicht wußte, ob der Kommissionär Selbstkontrahent sei oder nicht.“[6]

Daß solch unklares, ungewisses und unsicheres Verhältnis natürlich nicht im Interesse des Kommittenten

[1] Vgl. Keyßner zu § 376, Anm. 19.
„ J. Lehmann S. 35.
„ Breit S. 186.

[2] Hauptsächlich stützte man sich auf R. O. H. G. XIX, S. 358.

[3] R. O. H. G. XIX, S. 358.

[4] Vgl. R. G. I, S. 289, B. E. K. S. 179.

[5] R. G. IV, S. 95.

[6] Gamp bei der ersten Beratung des Börsengesetzes im Reichstag (St. B. S. 218).

liegen konnte, ist klar. Namentlich auf dem Gebiete des Börsenverkehrs, der an sozialer Bedeutung ständig zunahm und auf dem immer mehr die wichtigste Funktion des Kommissionshandels zu liegen begann, während das reine Kommissionsgeschäft immer mehr verschwand, zeigten sich die hieraus resultierenden Schäden und Mißstände am deutlichsten und gaben namentlich Veranlassung zu der im Februar 1892 einberufenen Börsen-Enquete.[1] Die Reformarbeiten dieser Kommission erstrebten nun in erster Linie, den Selbsteintritt im technischen Sinn von der Namhaftmachung oder Nichtnamhaftmachung vollkommen unabhängig zu machen.[2]

Da der von der Enquete vorgeschlagene präsumtive Selbsteintritt im Fall unbestimmter Ausführungsanzeige bereits im Entwurf des Reichsbörsengesetzes von der Regierung nicht angenommen wurde, so entschied man sich für die ausdrückliche Eintrittserklärung, während mangels einer solchen die Kommission als durch Abschluß mit einem Dritten ausgeführt gilt.[3]

§ 74, Abs. 1 des B. G. bestimmte daher: „Erklärt der Kommissionär bei der Anzeige von der Ausführung des Auftrags nicht ausdrücklich, daß er selbst eintrete, so gilt dies als Erklärung, daß die Ausführung durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten für Rechnung des Kommittenten erfolgt sei."

Für den Fall aber, daß die Ausführung durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten erfolgt ist oder als erfolgt gilt, die Namensnennung jedoch unterblieben ist, bestimmte § 74, Abs. 3, des B. G.:

[1] Sie wurde eingesetzt von der deutschen Reichsregierung und setzte sich zusammen aus Beamten der Bundesstaaten, Vertretern der Wissenschaft, sowie der am Börsenhandel beteiligten oder von demselben beeinflußten Kreise.

[2] Vgl. Breit S. 188. B. E. K. S. 179 ff. In den Motiven heißt es: Der Zweck des Entwurfs ist, den Zuständen der Unsicherheit ein Ende zu setzen.

[3] Vgl. Motive S. 56, 57.

Auch wenn der Auftrag als durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten ausgeführt gilt, haftet der Kommissionär, falls er nicht zugleich mit der Anzeige der Ausführung den Dritten namhaft macht, für die Erfüllung des Geschäfts.

Die Früchte der Beratungen der Kommission in dieser Hinsicht überhaupt finden sich in den §§ 71—74 des Börsengesetzes. § 70 erklärte dann den Art. 376 des A. D. H. G. für aufgehoben und setzte diese §§ 71—74 B. G. an seine Stelle.

d. Die Stellung der Vorschrift als § 384, Abs. 3, im H. G. B.

Die Vorschriften §§ 70—74 des B. G. wiederum fielen durch Bestimmung des Art. 14[VI] E. H. G. B. weg, da das H. G. B. sie mit geringen textlichen Änderungen aufnahm. Während hier die Vorschriften über den Selbsteintritt in den §§ 400—403, 405[1] sich finden, wurde die allein aus der Verschweigung des Drittkontrahenten folgende Selbsthaftung (Erfüllungshaftung) des § 74, Abs. 3, B. G. von den Vorschriften über den Selbsteintritt fortgenommen und als Abs. 3 dem § 384 eingefügt. Die Fassung des § 384, Abs. 3, ist, um sie noch einmal anzuführen, jetzt folgende:

Der Kommissionär haftet dem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts, wenn er ihm nicht zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission den Dritten namhaft macht, mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat.

„Damit", sagt treffend Breit,[2] „ist endgültig die für die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahrzehnte teilweise verhängnisvolle Verbindung von Selbsteintritt und Namensverschweigung beseitigt! Die aus der Nichtnamhaftmachung folgende Haftung auf Erfüllung hängt

[1] Die Vorschrift des § 404 über das Pfandrecht des selbsteintretenden Kommissionärs ist neu.

[2] S. 189.

mit dem Selbsteintritt schlechterdings nicht mehr zusammen, sie ist etwas fundamental Verschiedenes von ihm. Sie kann niemals eintreten, wenn der Kommissionär Selbstkontrahent ist, sondern im Gegenteil nur dann, wenn die Kommission entweder regulär oder überhaupt nicht ausgeführt worden ist."

Nur rein äußerlich allerdings, wie Breit[1] meint, ist nun aber diese Trennung von den Vorschriften über den Selbsteintritt doch nicht gewesen. Der Gesetzgeber wollte vielmehr mit dieser Umstellung zugleich den Geltungsbereich dieser Bestimmung, für die nach § 74, Abs. 3, B. G.[2] noch Erfordernis war,[2] daß es sich um börsen- und marktgängige Waren oder Wertpapiere, für die amtlich ein Preis festgestellt wird, handelte, auf alle Kommissionsgeschäfte ausdehnen. Wenn daher nun wohl auch weiterhin die Bestimmung für die Ein- und Verkaufskommission hauptsächlich maßgebend ist, so kann sie doch auch vorkommen bei allen andern Kommissionen, so z. B. bei der Kommission zur Erteilung einer Kommission (Exportkommission),[3] bei der Kommission zum Abschluß von Fracht- und Versicherungsverträgen.[4 5] Die Stellung

[1] S. 189.

[2] Sieveking S. 11 verwirft die Beschränkung des Abs. 3, Art. 376 A. D. H. B. auf die in Abs. 1 bezeichneten Waren, weil im Abs. 3 die Einschränkung auf börsen- oder marktgängige Waren nicht ausdrücklich betont ist. Mit Recht weist Breit S. 188, Note 503, auf die bestimmende systematische Stellung der Vorschrift hin.

[3] Hier ist das Ausführungsgeschäft die Erteilung einer Verkaufskommission; es haftet der Kommissionär daher, wenn er den Nachkommissionär nicht namhaft macht, für die Erfüllung des Verkaufskommissionsvertrages.

[4] Wenn Breit S. 189 zwar richtig hervorhebt, daß das Kommissionsgut nicht mehr „res habilis für den Selbsteintritt" zu sein braucht, dann aber meint: „es muß eine Kommission im Sinne des § 383 (406) H. G. B. vorliegen, d. h. es muß sich um einen Auftrag zum Kauf oder Verkauf von Waren oder Wertpapieren handeln", so ist das entschieden ungenau.

[5] Vgl. Makower zu § 384 VIIb.
„ Lehmann zu § 384, Nr. 40.

der Vorschrift ist jedoch m. E. insofern nicht geschickt gewählt, als sie als Abs. 3 des § 384, dessen beiden ersten Absätze ausschließlich von den Pflichten des Kommissionärs handeln, gar leicht zu der Annahme führen kann, es liege in der Namensverschweigung des Dritten ein Versehen, eine Pflichtverletzung des Kommissionärs, eine Annahme, die als völlig irrig zurückzuweisen ist. Die Erfüllungshaftung soll keine Strafe für eine Pflichtwidrigkeit des Kommissionärs sein, sondern ein Schutzmittel des Kommittenten. Der Kommissionär aber hat ein Recht, den Namen des Dritten in der Ausführungsanzeige zu verschweigen.

§ 9. Die rechtliche Natur der Erfüllungshaftung.

Bei der Konstruktion der rechtlichen Natur begegnet man verschiedenen Schwierigkeiten.

a. Kein Selbsteintritt.

Selbsteintritt kann es nicht sein. Schließt doch die Form der Ausführungsanzeige dies aus. Die Folge einer allgemein gehaltenen Ausführungsanzeige ist nach § 405, Abs. 1, eben: Verlust des Rechts zum Selbsteintritt und Haftung nach Maßgabe der Vorschriften, die für den Abschluß mit einem Dritten gelten. Fehlerhaft ist es daher, wenn Frankenburger[1] meint: „Die Haftung des Kommissionärs ist die des Selbstkontrahenten; sie trifft auch den Fall des § 400, Abs. 1“. Nicht weniger unrichtig bemerkt Rudorff:[2] Der Rechtssatz ist keinesfalls beschränkt auf den Fall des tatsächlichen Selbsteintritts. Bezieht sich der Rechtssatz doch im Gegenteil überhaupt nicht auf diesen Fall!

[1] Anm. zu § 384, Abs. 3.
[2] Anm. zu § 384, Abs. 3.

b. Keine Bürgschaft.

Aus demselben Grunde wie die Delkrederehaftung ist auch die Erfüllungshaftung keine Bürgschaft: es fehlt der Hauptschuldner.

c. Keine Delkrederehaftung.

Falsch ist es auch, wenn Grünhut[1] diese Haftung einfach als Delkrederehaftung bezeichnet.

1. Da das Delkredere immer einen mitverpflichteten Dritten voraussetzt, so liegt der Unterschied auf der Hand, wenn ein Ausführungsgeschäft mit einem Dritten überhaupt nicht geschlossen ist. Wie kann der Kommissionär für die „Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten" haften, wenn ein solcher nicht vorhanden ist? Der Kommissionär hat hier vielmehr Verpflichtungen völlig selbständigen Inhalts: Er haftet für die Erfüllung des aufgetragenen Geschäfts so, wie er es bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns hätte schließen müssen, also in Höhe dessen, was er hätte erzielen können.

2. Für den Fall aber, daß ein Ausführungsgeschäft tatsächlich geschlossen ist, finden sich verschiedene Meinungen. Cosack[2] hält eine „gesetzliche Delkrederehaftung" für gegeben. Nach seiner Meinung „steht der Kommissionär einfach selbstschuldnerisch dafür ein, daß der Dritte, mit welchem er das Ausführungsgeschäft geschlossen hat, seine aus diesem Geschäft hervorgehenden Verpflichtungen erfülle". Hiergegen ist einzuwenden: Während der Delkrederekommission nur für die „Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten" haftet, steht der selbsthaftende Kommissionär schlechthin „für die Erfüllung des Geschäfts" ein. Haftet daher bei ordnungswidrigem Abschluß der Delkrederekommissionär trotzdem nur insoweit, wie der Dritte verpflichtet wäre, so kann der selbst-

[1] Im Handbuch der Staatswiss. V, S. 272.
[2] S. 182.

haftende Kommissionär auch hier in Anspruch genommen werden auf „Erfüllung des Geschäfts", d. h. eines Geschäfts, wie er es mit kaufmännischer Sorgfalt hätte abschließen können.[1] Staub[2] nimmt auch eine „gesetzliche Delkredere-haftung" an, bemerkt jedoch dann richtig hinzu: er haftet „für alle diejenigen Verpflichtungen, die er pflichtgemäß dem Dritten hätte auferlegen sollen. Er haftet also nicht bloß für die Erfüllung des tatsächlich mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfts, sondern des Geschäfts, wie er es mit dem Dritten hätte abschließen sollen". Insoweit der Kommissionär also über den ungünstigeren tatsächlichen Abschluß aufkommen müßte, läßt er ihn als Selbstschuldner haften. Warum Staub hier diese Haftung des Kommissionärs zerlegt in teilweise „gesetzliche Delkredere-haftung" und teilweise „selbstschuldnerische Haftung", ist schlechterdings nicht einzusehn.

d. Die Erfüllungshaftung ist eine Haftung sui generis.

Mit Recht verwirft man infolgedessen Staub's und Cosack's Ansicht, nach welcher die Selbsthaftung einen verschiedenen Charakter haben soll, je nachdem das Geschäft tatsächlich mit einem Dritten ausgeführt ist oder nicht.

Die rechtliche Natur der Erfüllungshaftung ist in beiden Fällen dieselbe. Es ist eine in beiden Fällen gleichgestaltete Haftung sui generis auf Erfüllung eines Geschäfts, wie es mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kommissionärs hätte abgeschlossen werden müssen.

§. 10. Voraussetzungen der Erfüllungshaftung.

a. Erstattung einer Ausführungsanzeige.

Aus der Fassung des § 384, Abs. 3, ergibt sich, daß eine Ausführungsanzeige wirklich erstattet sein muß.

[1] Vgl. Breit S. 194.
[2] zu § 384, Anm. 37.

Gleichgültig ist hierbei, ob ausdrücklich bemerkt ist, es sei mit einem Dritten abgeschlossen oder ob nur eine allgemeine Ausführungsanzeige geschickt ist, die in Gemäßheit des § 405 Abs. 1 „als Erklärung, daß die Ausführung durch Abschluß des Geschäfts mit einem Dritten für Rechnung des Kommittenten erfolgt sei", gilt.

Hat dagegen der Kommissionär eine Ausführungsanzeige überhaupt nicht geschickt, so liegt darin eine Verletzung seiner Sorgfaltspflicht nach § 384, Abs. 2, ein pflichtwidriges Verhalten, das ihn zum Schadensersatz verpflichtet.[1] Eine Haftung auf Erfüllung des Geschäfts, d. h. eine analoge Übertragung der Bestimmungen des § 384, Abs. 3, auf diesen Fall ist dagegen nicht am Platze.

Breit[2] wirft die Frage auf, ob nicht vielleicht doch eine solche gegeben sei. Die Erwägung, „daß ja sonst der Kommissionär, welcher dem Gesetz entsprechend eine sofortige Anzeige erstattet habe, schlechter gestellt wäre, als derjenige, der seiner gesetzlichen Verpflichtung zuwider, die Anzeige überhaupt unterläßt", könne dazu führen, die Frage zu bejahen.[3] Mit Recht führt er selbst dann als Hauptgegenargument an: Die Selbsthaftung des § 384, Abs. 3, hat keineswegs den „Charakter einer Strafe"! Finden sich doch hier im Gegenteil nur die Folgen eines Rechts, das dem Kommissionär geschaffen ist. Es liegt ganz bei ihm, den Namen des Dritten in der Ausführungsanzeige anzugeben und so allen Weiterungen zu entgehen. Unterläßt er es, dokumentiert er damit seinen Willen, die Folgen zu tragen, selbst haften zu wollen.

---

[1] Über die Meinungsverschiedenheit betreffs der Folgen der unterlassenen Ausführungsanzeige unter der Herrschaft des A. D. H. G. B. vgl. Grünhut S. 152, Rimpler S. 41; ferner Striethorst Bd. 39, S. 319, Bolze Bd. 2, Nr. 910.

[2] S. 190.

[3] So fürs alte Recht Grünhut S. 504.

b. Nichtnamhaftmachung des Dritten.

In der Ausführungsanzeige darf der Dritte, „mit dem er das Geschäft abgeschlossen hat", nicht namhaft gemacht sein. Eine solche Namhaftmachung ist nun auf jeden Fall auch dann nicht erfolgt, wenn der Kommissionär nicht den richtigen Dritten genannt hat. Eine derartige falsche Namensangabe muß wie eine unterlassene gelten. Der ratio legis entspricht es ferner sicher, die Rechtswirkung aus § 384, Abs. 3, auch dann eintreten zu lassen, wenn zwar der Name eines Dritten angegeben, die Person des Dritten aber dadurch nur so unbestimmt bezeichnet ist, daß der Zweck, der mit der Namensnennung verbunden ist, nicht erreicht wird.

Eine Anzeige, enthaltend die Mitteilung des Abschlusses mit Herrn X in einer grossen Stadt Y oder z. B. die Bezeichnung „ein Freund", eine „gute Firma" wird dem Kommittenten nichts nützen. Eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[1] spricht dies klar aus:

Eine derartige unbestimmte Mitteilung kann der Nennung des Käufers nicht gleichgeachtet werden, weil sie den Kommittenten nicht in den Stand setzt, die Übereinstimmung der Verkaufsbedingungen mit dem Verkaufsauftrage zu prüfen und mit Rücksicht auf die Person des Käufers die zur Sicherung des Eingangs des Kaufgeldes geeigneten Maßregeln zu ergreifen."

Vielmehr muß in solchem Fall mehr oder minder genaue Angabe des Wohnorts, bei kaufmännischer Firma diese und dergl. zugefügt werden. Unter Umständen freilich kann die Namhaftmachung hinreichend auch dadurch erfolgen, daß die einfache Anzeige so gefaßt ist, daß der Kommittent Bescheid wissen muß, es sei mit einem bestimmten Dritten kontrahiert worden. Hat er z. B. selbst die Weisung gegeben, mit einem bestimmten Dritten abzuschließen, wird es genügen, wenn der Kommissionär ihn

[1] XXIII, S. 103.

dann von dem bloßen Abschluß in Kenntnis setzt. Ähnliches wird anzunehmen sein, wenn die Weisung z. B. lautete auf den Ankauf eines bestimmten Gegenstandes in einer Auktion oder zum Erwerb eines bestimmten Gemäldes.[1]

c. Ungleichzeitigkeit der Ausführungsanzeige und Namhaftmachung des Dritten.

Das Gesetz verlangt, daß die Namhaftmachung erfolge „zugleich mit der Anzeige von der Ausführung der Kommission". Spätere Namhaftmachung oder bei Undeutlichkeit spätere Verdeutlichung befreit den Kommissionär nicht,[2] es sei denn, daß eine solche von vornherein gestattet war, z. B. der Kostenersparnis wegen. Hat der Kommissionär schon vorher den Namen des Dritten, mit dem er kontrahieren will, mitgeteilt, so bleibt es ihm wohl unbenommen, in der später erfolgenden Ausführungsanzeige, stillschweigend hierauf Bezug zu nehmen.

Nun ist nicht erforderlich, daß Ausführungsanzeige und Namensnennung in demselben Schriftstück enthalten sind. Auch kommt es auf den Zeitpunkt der Absendung nicht an, wofern nur beide Anzeigen dem Kommittenten im gleichen Zeitpunkt zugehn.

Makowers[3] Meinung, es käme für die Gleichzeitigkeit beider Anzeigen wohl auf den Zeitpunkt der Absendung an, da sonst der Kommissionär Zeit gewönne, nach brieflicher Absendung der Ausführungsanzeige, noch auf Kosten des Kommittenten zu spekulieren und dann telegraphisch den Brief überholen könnte, ist nicht stichhaltig. In einem solchen Verhalten läge eine Pflichtverletzung nach § 384, Abs. 2. Der Zweck, den die Namhaftmachung verfolgt, nämlich den Kommittenten in die Lage zu versetzen, nötigenfalls geeignete Sicherheitsmaßregeln zu treffen, wird durch gleichzeitiges Zugehen beider Anzeigen voll erreicht.

[1] Vgl. Lehmann zu § 384, Anm. 40.
„ Makower zu § 384, VII, 3, β.
[2] Vgl. R. G. IV, S. 96.
[3] zu § 384, VII a, 3γ.

§ 11. Rechtswirkungen im Fall der Nichtnamhaftmachung eines Dritten.

a. Der Kommittent macht den Kommissionär haftbar für die Erfüllung des Geschäfts.

Sind die oben dargestellten Voraussetzungen der Erfüllungshaftung im konkreten Fall gegeben, so haftet der Kommissionär dem Kommittenten „für die Erfüllung des Geschäfts". Der Inhalt dieser Bestimmung besagt: Der Kommissionär hat dem Kommittenten zu leisten, was er bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kommissionärs für ihn durch Abschluß mit einem Dritten hätte erzielen können.

Und zwar ist dies der Inhalt in beiden Fällen, sowohl, wenn der Kommissionär tatsächlich mit einem Dritten abgeschlossen hat als auch dann, wenn er ein Ausführungsgeschäft gar nicht eingegangen ist.[1] Rudorffs[2] Ansicht, nach welcher die Haftung des Kommissionärs sich beschränkt auf die Erfüllung des tatsächlich abgeschlossenen resp. bei in Wirklichkeit nicht ausgeführtem Geschäft auf Erfüllung desjenigen Geschäfts, „über welches die Anzeige ergangen ist", während im übrigen der Kommittent nur einen Anspruch auf Schadensersatz hat, ist nicht beizupflichten. Sie ist hervorgerufen durch den sehr unklaren Ausdruck des Gesetzes „Erfüllung des Geschäfts".[3]

Bei der Feststellung dessen, was zu erzielen gewesen, macht es nun einen Unterschied, ob es sich handelt um den Ein- oder Verkauf börsen- oder marktgängiger oder

[1] Vgl. Busch, VIII, S. 469.
„ Weber, Z. f. H. Bd. 44, S. 67.

[2] Anm. zu § 384, Abs. 3.

[3] Die Motive zum Börsengesetz S. 32 sprechen sich, ebenfalls unklar, allerdings im Rudorff'schen Sinne aus: „Der Entwurf bringt schärfer zum Ausdruck, daß es sich in dem fraglichen Falle nicht um einen Selbsteintritt des Kommissionärs, sondern nur um die Haftung desselben für die Existenz und Erfüllung des als abgeschlossen angezeigten Geschäfts handelt."

um solchen anderer Waren. In ersterem Fall wird gewöhnlich der Börsen- oder Marktpreis, bei andern Waren ein angemessener berechnet werden müssen. Da die Berechnung eines angemessenen oft Schwierigkeiten bieten wird, wird der Kommittent es in der Regel wohl bei dem in der Ausführungsanzeige gemeldeten belassen, zumal wenn dieser der limitierte ist. Gegen Übervorteilung ist er dann ja im großen und ganzen gedeckt. Der Kommissionär hat selbstverständlich auch alle die Verpflichtungen zu erfüllen, die er gemäß den Weisungen des Kommittenten dem Käufer auferlegen sollte.[1]

Überhaupt ist er im übrigen zu allen Handlungen, zu denen der Drittkontrahent als Käufer oder Verkäufer verbunden ist, verpflichtet. Andererseits haftet er aber auch nur insoweit, als bei ordnungsgemäßer Ausführung der Dritte haftbar wäre, weil selbstverständlich der Kommittent durch die Erfüllungshaftung nichts gewinnen soll, was ihm bei regulärer Abwicklung nicht gebührt hätte. Es braucht daher z. B. bei mangelhafter Ware der Kommissionär nicht den vollen Preis zu zahlen. Das Recht auf eine dergestaltige Erfüllung hat der Kommissionär endgültig ohne weiteres erworben, sobald nicht gleichzeitig mit der Ausführungsanzeige der Dritte namhaft gemacht ist. Einer besonderen Erklärung von seiner Seite bedarf es nicht.[2]

b. Der Kommittent macht von seinem Recht keinen Gebrauch.

Aus der Fassung des Art. 376, Abs. 3, aus den gesamten Interpretationsregeln sowie aus der Auffassung, welche derselbe im Handelsverkehr, in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung gefunden hat,[3] geht nun hervor,

[1] Vgl. R. O. H. G. XXII, S. 238.
[2] Vgl. R. G. IV, S. 92.
[3] Vgl. R. O. H. G. 3, 189; 3, 335; 11, S. 15; 12, S. 180;
vgl. besonders Striethorst Bd. 64, S. 305;
ferner v. Hahn zu Art. 376, § 18;
derselbe in Z. f. H. 29, S. 7.

daß der Kommittent nur das Recht hat, „den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen", daß daraus aber noch keine Befugnis des Kommissionärs herzuleiten ist, zu verlangen, als solcher Käufer oder Verkäufer behandelt zu werden.

Dies muß auch für das jetzige Recht analog gelten.

Will nun der Kommittent von seinem Recht, den Kommissionär „für die Erfüllung des Geschäfts" haftbar zu machen, nicht Gebrauch machen, so kann er auf Grund des Kommissionsvertrages Rechenschaftsablegung verlangen. In diesem Fall ergeben sich dann verschiedene Wirkungen für den Inhalt der Leistung, je nachdem mit einem Dritten tatsächlich abgeschlossen oder ein Ausführungsgeschäft in Wirklichkeit gar nicht zustande gekommen ist.

1. Ein Ausführungsgeschäft ist nicht geschlossen worden.

In dem Falle, daß der Kommissionär ein Ausführungsgeschäft gar nicht eingegangen ist, muß man hierin mit Breit[1] ein pflichtwidriges Verhalten des Kommissionärs sehen, „nicht nur, weil er die Kommission der ihm obliegenden Verpflichtung zuwider nicht ausgeführt hat, sondern vor allem auch deshalb, weil er die in Wahrheit nicht ausgeführte Kommission als ausgeführt angezeigt hat". Infolgedessen ist die Kommission nicht ausgeführt; hierauf kann der Kommittent sich berufen und schlechthin unter Verzicht auf seine Rechte aus § 384, Abs. 3, zurücktreten.[2]

So hat also der Kommittent ein Wahlrecht zwischen Rücktritt und Haftbarmachung des Kommissionärs „für

[1] S. 201.

[2] Vgl. R. G. VI, S. 54.
„ Staub zu § 384, Anm. 36.
„ Frankenburger, Anm. zu § 384.

die Erfüllung des Geschäfts."[1] Hat er jedoch einmal erklärt, daß er Erfüllung beanspruche, so kann er sich dann nicht mehr darauf berufen, daß in Wahrheit die Kommission nicht ausgeführt sei, sondern der Kommissar hat jetzt seinerseits gegen ihn die aus der Erklärung sich ergebenden Rechte, d. h. er kann auch seinerseits auf Erfüllung bestehen. Würde daher der Kommittent in Verzug geraten, hätte der Kommissionär die Rechte aus 326 B. G. B.

2. Der Kommissionär hat tatsächlich mit einem Dritten ein Geschäft abgeschlossen.

Hat der Kommissionär wirklich mit einem Dritten kontrahiert, dann ist er zur Rechnungslegung über dieses Geschäft verpflichtet. Der Kommittent braucht bei der Verkaufskommission von börsen- oder marktgängigen Waren keinen niedrigeren als den vom Dritten wirklich bezahlten Preis sich gefallen zu lassen, bei der Einkaufskommission keinen höhern als den an den Dritten gezahlten Preis zu vergüten.[2] Allerdings hat dann der Kommittent umgekehrt natürlich auch kein Recht, falls der wirkliche Preis unter dem Börsenkurs zurückbleibt, letzteren zu begehren.[3] So kommt das Geschäft, das im Abschluß zu beweisen ist, wie es tatsächlich eingegangen ist, zur Beurteilung.[4] Der Beweis dieses Geschäfts beschränkt sich aber nicht auf die bloße Berechnung der gehabten

[1] Makowers Ansicht (zu § 384, VII) übrigens, der Kommittent habe in diesem Fall das Recht, den Kommissionär so in Anspruch zu nehmen, als läge in der Ausführungsanzeige ohne Namhaftmachung eine Selbsteintrittserklärung, wurzelt noch ganz im alten Recht.

[2] Vgl. R. O. H. G. XII, S. 263; XIX, S. 363.

[3] R. O. H. G. XIV, S. 387.

[4] Stellt sich hierbei heraus, daß das Geschäft nicht gemäß den Weisungen des Kommittenten ausgeführt ist, kann dieser in Gemäßheit des § 385 natürlich Schadensersatz fordern oder das Geschäft zurückweisen.

Einnahmen und Ausgaben, sowie die Herausgabe des gehabten Überschusses, sondern erstreckt sich auf den vollständigen Nachweis getreuer Geschäftsführung. Nicht richtig m. E. jedoch ist es, wenn Cosack,[1] Staub,[2] Frankenburger[3] ausdrücklich betonen: in dem Falle, wo der Kommittent von dem ihm aus § 384, Abs. 3, zustehenden Recht keinen Gebrauch macht, sondern auf Erfüllung des tatsächlich ausgeführten Geschäfts besteht, könne er nachträglich zur Angabe des Namens des Dritten den Kommissionär anhalten. Zu dieser Forderung der nachträglichen Namensnennung können sie nur dadurch kommen, daß sie — bei der Stellung der Vorschrift im Gesetze als Abs. 3 des § 384 ist dies, wie ausgeführt ist, ja naheliegend — in der Erstattung einer Ausführungsanzeige ohne Namhaftmachung des Dritten eine Pflichtverletzung des Kommissionärs sehen. Sie setzen sich damit aber, um es nochmals hervorzuheben, in schroffem Widerspruch zu der geschichtlichen Entstehung des § 384, Abs. 3.[4]

Daß eine solche Verpflichtung, wie Staub[5] meint, den Dritten namhaft zu machen, eine unbedingte ist, ist schon bei der gewöhnlichen Abwicklung der Kommissionsausführung keineswegs richtig. So lange muß doch auch hier auf jeden Fall die Wahrung des Geheimnisses als

[1] S. 182.

[2] Zu § 384, Anm. 37.

[3] Anm. zu § 384.

[4] Daß z. B. auch Lehmann (zu § 384, Anm. 19) in der Erfüllungshaftung eine verschärfte Strafe für pflichtwidrig unterlassene Nichtnamhaftmachung sieht, ergibt sich deutlich, wenn er sagt: „Die Angabe des Namens des Drittkontrahenten ist in der Rechenschaftspflicht enthalten, die Unterlassung würde an sich nur zur Folge haben, daß der Kommissionär dem Kommittenten schadensersatzpflichtig wird, — — —. Weitergehend läßt das Gesetz den Kommissionär für die Erfüllung des Geschäfts haften.

[5] A. 37 zu § 384: „Diesen Dritten namhaft zu machen, ist der Kommissionär verpflichtet, wie er ja zu jeder Rechenschaft dem Kommittenten verpflichtet ist.

berechtigt anerkannt werden, als beim Kommittenten kein juristisches Interesse an der Kenntnis des Namens des Drittkontrahenten vorhanden ist. In der Regel wird hier allerdings aus der Verbindlichkeit zur Klageabtretung gegen den Dritten die Pflicht zur Namensnennung des Dritten folgen.[1] Unter Verhältnissen, wie sie der Fall des § 384, Abs. 3, im Auge hat, kann nun m. E. erst gar nicht von einer Pflicht, den Dritten zu nennen, die Rede sein. Die Vorschrift des Abs. 3 hat doch überhaupt nur Sinn, wenn es dem Kommissionär gestattet ist, den Namen des Drittkontrahenten wirklich und gänzlich zu verschweigen. Die ganze Genesis der Bestimmung, wie oben ausgeführt ist, spricht doch dafür, daß sie nichts anderes sein soll, als ein Schutzmittel bei der (völlig rechtlichen) Namensverschweigung des Dritten. Was wäre nun gewonnen, wenn der Kommissionär eine allgemeine Ausführungsanzeige abschickte, dadurch seinen Willen gleichsam dokumentierte, selbst haften zu wollen, und nun der Kommittent nachträglich einfach doch noch die Namensnennung verlangen könnte? Wenn dieses richtig wäre, hätte die ganze Vorschrift keinen Zweck.

Der Kommittent würde Namensnennung verlangen. Dann würde er allemal ein Geschäft, das mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ausgeführt sein muß, erhalten und außerdem haftet der Kommissionär ihm noch persönlich, der Kommissionär jedoch hätte absolut nichts gewonnen, die Geheimhaltung seiner Geschäftsverbindungen müßte er nun doch preisgeben und wäre zudem noch persönlich haftbar. Auf jeden Fall wäre auf diese Weise die Namhaftmachung oder Nichtnamhaftmachung gänzlich in das Belieben des Kommittenten gestellt.

Merkwürdig ist, daß auch Breit sich auf den eben zurückgewiesenen Standpunkt stellt, indem er ausführt:[2] „Will der Kommittent von dem ihm auf Grund der

[1] Vgl. Grünhut S. 505.

[2] S. 201.

Blankettanzeige zustehendem Recht nicht oder nicht ohne weiteres Gebrauch machen, so kann er von dem Kommissionär volle Rechenschaftsablegung, insbesondere auch die Namhaftmachung des Dritten verlangen!“ An anderer Stelle weist Breit immer wieder auf das **Recht** des Kommissionärs hin, den Namen in der Ausführungsanzeige verschweigen zu dürfen. Was wäre dem Kommissionär wohl damit geholfen, wenn er in der Ausführungsanzeige den Namen zu verschweigen berechtigt ist, auf Verlangen des Kommittenten aber trotzdem nachträglich zur Namensnennung sich bereit finden müßte!

Die Namensnennung ist doch aber auch gar nicht geboten. In der Regel wird der Kommittent gar kein Interesse daran haben, den Namen zu erfahren. Bekommt er doch im übrigen volle Rechenschaftsablegung in bezug auf das Kaufobjekt und den stipulierten Preis; sogar den Nachweis, daß der Kommissionär zu einem günstigeren Preis als den Börsen- und Marktpreis nicht habe abschließen können, kann er bei börsen- und marktgängigen Waren verlangen. Schutzmaßregeln wegen Unsicherheit des Eingangs des Kaufobjekts oder Kaufpreises braucht er nicht zu treffen, Cession der Ansprüche gegen den Dritten bedarf er auch nicht, da er ja alles vom Kommissionär einziehen kann.

Auch im französischen Recht finden wir die Frage aufgeworfen, ob der Kommissionär verpflichtet ist, seinem Kommittenten den Namen des Dritten, mit dem er abgeschlossen hat, zu nennen. Auch hier finden wir sich entgegenstehende Meinungen.

Nach Lyon Caen et Renaults[1] Ansicht ist der Kommissionär im Prinzip, wie er dem Dritten gegenüber nicht verpflichtet ist, den Namen seines Kommittenten zu nennen, auch nicht gehalten, letzterem den Namen des Dritten anzugeben, da sonst der Kommittent in Zukunft unter Umgehung des Kommissionärs direkt mit dem Dritten

[1] S. 375.

unterhandeln würde. Freilich, meinen sie, „wenn der Kommittent gerechten Anlaß hat, zu zweifeln, daß der Kommissionär ihm nicht genaue Rechnung ablegt, ihm z. B. einen höhern Einkaufspreis oder niedrigeren Verkaufspreis als den wirklichen Ein- oder Verkaufspreis anzeigt, kann er den Namen des Drittkontrahenten fordern, um durch ihn unterrichtet zu werden.“ Bei Pardessus,[1] Delamarre et le Poitvin,[2] Boistel[3] finden wir dieselbe Ansicht. Thaller[4] schlägt vor, es solle, um zu vermeiden, daß der Kommittent die Kenntnis des Namens des Dritten ausnutzt, ein Sachverständiger bezeichnet werden, dem die Bücher dann vorgelegt würden und dessen Eid seine Diskretion verbürge. Dieser Vorschlag scheint mir auch fürs deutsche Recht anwendbar zu sein, wenn ein direktes Angehen des Dritten zur Feststellung der Richtigkeit der vom Kommissionär gemachten Angaben geboten ist.

---

3. Kapitel. Selbsthaftung des Kommissionärs auf sofortige Kaufpreiszahlung bei unbefugter Kreditgewährung.

§ 12. Voraussetzung der Selbsthaftung.

Kreditgewährung[5] ist dem Kommissionär nur gestattet, einmal mit „Zustimmung des Kommittenten“, zweitens

[1] II, Nr. 563.

[2] II, Nr. 93.

[3] Nr. 520.

[4] Nr. 938.

[5] Unter Kreditgewährung muß hier Lieferung von Waren ohne Einforderung des Kaufpreises Zug um Zug gegen die Übergabe verstanden werden im Gegensatz zur Vorschußleistung, der gänzlichen oder teilweisen Vorauszahlung von Geld, ohne das entsprechende Äquivalent empfangen zu haben. Vgl. Lehmann § 393, Nr. 2.

„insoweit der Handelsgebrauch am Ort des Geschäfts die Stundung des Kaufpreises mit sich bringt, ist in Ermangelung einer anderen Bestimmung des Kommittenten auch der Kommissionär dazu berechtigt.“ [1] Streit herrscht darüber, welcher Ort als „Ort des Geschäfts“ zu verstehen ist.[2] Grünhut,[3] Makower[4] und Lehmann[5] betrachten den Ort des abgeschlossenen Geschäfts, d. h. den Ort, wo der Verkauf durch den Kommissionär geschehen ist, als den „Ort des Geschäfts“. Dies ist entschieden ungenau. Richtig ist die Auffassung Anschütz-Völderndorffs[6] und Staubs,[7] die in dem „Ort des Geschäfts“ den zum Vollzug der Kommission bestimmten Ort sehen. Wie nämlich, wenn der Abschluß an einem andern Ort erfolgt und hier das Kreditieren des Preises Handelsgebrauch ist, dann kann doch hieraus eine Ermächtigung zur Kreditgewährung nicht abgeleitet werden. Eine solche läßt sich vielmehr nur motivieren durch Einwilligung des Kommittenten, diese aber soll eben bei Handelsgebrauch an dem Orte, wo abgeschlossen werden soll,[8] mangels entgegenstehendem Gebot des Kommittenten stillschweigend angenommen werden.[9] Liegt zwar keine besondere Einwilligung vor,

[1] Vgl. § 393, Abs. 1, 2.

[2] In der Nürnberger Konferenz wurde ein Antrag, allgemein statt „am Ort des Geschäfts“ zu setzen „am Ort der Niederlassung des Kommissionärs“ abgelehnt. Vgl. Lutz S. 1200. Begründet wurde der Antrag damit, daß man „dem Kommittenten nicht zumuten könne, die Handelsgebräuche aller derjenigen Orte zu kennen, wo der Kommissionär möglicherweise abschließen könnte und wegen dieser Gebräuche Vorkehrungen zu treffen.“

[3] S. 421.

[4] Zu § 393 III, c.

[5] Zu § 393, Nr. 7.

[6] Zu Art. 369 d. A. D. H. G. B.

[7] Zu § 393, Anm. 4.

[8] In Ermangelung besonderer Umstände wird es dem Parteiwillen entsprechen, daß am Ort der Handelsniederlassung des Kommissionärs dies geschehen soll.

[9] Eine ähnliche Motivierung scheint auch Jakoby, S. 38, im Auge zu haben.

pflegte im übrigen aber bei ähnlichen Präzedenzfällen der Kommissionär stets Kredit zu gewähren, ohne daß der Kommittent dagegen Einspruch erhob, so muß mangels gegenteiliger Weisung auch jetzt wieder seine Zustimmung angenommen werden. Auch ist natürlich möglich, daß von vornherein der Kommissionär bei Eingehung der Geschäftsverbindung erklärte, daß er in seinem Geschäft immer ein gewisses Ziel, sagen wir 90 Tage, zu geben pflege. Die Ansicht Treitschkes,[1] Grünhuts,[2] Staubs[3] und Lehmanns,[4] daß in der Abmachung der Delkrederehaftung ein stillschweigendes Einräumen der Kreditgewährung liege, bekämpft Makower[5] mit Unrecht. „Weil der Delkrederekommissionär zur Zeit des Verfalls hafte", führt er aus, „sei dem Kommittenten gar wohl daran gelegen, wann die Leistung fällig werde." Er bedenkt nicht, daß andererseits dem Kommissionär doch auch daran gelegen sein muß, möglichst bald von der Haftung frei zu sein. Wenn er also trotzdem den Verfall hinausschiebt, müssen ihn schon besondere Gründe dazu veranlassen.

Hervorzuheben ist, daß das Gesetz ausdrücklich sagt: Der Kommissionär ist zur Stundung des Kaufpreises berechtigt, „insoweit" der Handelsgebrauch sie mit sich bringt. Gewährt also der Kommissionär einen dem Handelsgebrauch nicht entsprechenden Kredit, überschreitet er die handelsübliche Höhe und Dauer, ebenso wenn er die üblichen Modalitäten nicht einhält, z. B. bei Ausstellung von Wechseln, bei Pfandbestellungen liegt ein Fall unbefugter Kreditgewährung vor. Dasselbe trifft zu, wenn es in solchem Falle üblich ist, nur unter einem pactum reservati dominii in Gemäßheit des § 455 B. G. B. zu kreditieren, ferner, wenn nur einheimischen Abnehmern, nicht aber fremden Kredit gewährt zu werden pflegt.

[1] S. 29.
[2] S. 143.
[3] Zu § 393, Fußnote 1.
[4] Zu § 393, Nr. 4.
[5] Zu § 393 I, *a*.

§ 13. Rechtsfolgen des unbefugten Verkaufs auf Kredit.

1. Selbsthaftung auf sofortige Zahlung des Kaufpreises.

Hinsichtlich der Folgen der unbefugten Kreditgewährung seitens des Verkaufskommissionärs bestimmt § 393 Abs. 3: Verkauft der Kommissionär unbefugt auf Kredit, so ist er verpflichtet, dem Kommittenten sofort als Schuldner des Kaufpreises die Zahlung zu leisten. Wäre beim Verkauf gegen bar der Preis geringer gewesen, so hat der Kommissionär nur den geringeren Preis und, wenn dieser niedriger ist als der ihm gesetzte Preis, auch den Unterschied nach § 386 zu vergüten.

Der Kommittent kann natürlich die Kreditgewährung genehmigen.[1] Tut er es nicht, so kann er vom Kommissionär die sofortige Zahlung des Kaufpreises verlangen. War im letzteren Fall jedoch der Kommissionär befugt, auf bestimmte Zeit, z. B. drei Monate, Kredit zu geben und hat er unbefugt auf längere Zeit, vielleicht sechs Monate, solchen erteilt, so kann er natürlich erst nach Ablauf der ihm gesetzten Frist auf Zahlung belangt werden. Lautet dagegen die Kommission einfach auf Verkauf, so ist nach B. G. B. § 271 Verkauf gegen bar anzunehmen und der Kommittent kann sofortige Zahlung verlangen. Die Selbsthaftung des Kommissionärs, die im übrigen denselben Charakter wie die Erfüllungshaftung bei Nichtnamhaftmachung des Dritten hat, ist hier eine erschwerte, da sie sofort fällig ist. Im übrigen aber stehen auch hier dem Kommissionär die gewöhnlichen Einwendungen zu, wie z. B. der Einwand der mangelhaften oder verspäteten Lieferung der Ware, vorausgesetzt

[1] Als stillschweigende Genehmigung der Kreditierung muß gelten, wenn der Kommittent auf Anzeige von derselben die verkaufte Ware dem Kommissionär ohne Vorbehalt übersendet. Vgl. Grünhut S. 423.

natürlich, daß der Dritte, wenn er Kaufmann ist, in Gemäßheit des § 377 H. G. B. sie unverzüglich untersucht und von den Mängeln Anzeige gemacht hat.[1]

In keinem Fall hat der Kommittent auf mehr Anspruch, als auf den Gewinn bei auftragsgemäßer Ausführung der Kommission. Gewöhnlich wird nun beim Verkauf auf Kredit ein höherer Preis erzielt werden.[2] Hierauf hat nun der Kommittent keinen Anspruch, vielmehr muß er sich begnügen mit dem geringern Preis. Er soll eben nicht den doppelten Vorteil sofortiger Zahlung des Kaufpreises und die mit Rücksicht auf die Stundung erzielte Preiserhöhung haben. Wenn der geringere Preis aber niedriger ist als der ihm gesetzte Preis, haftet der Kommissionär bezüglich der Differenz in Gemäßheit des § 386 H. G. B. auf Schadensersatz.[3]

Auch im französischen Recht haftet der Kommissionär, der unbefugt auf Kredit verkauft hat, auf sofortige Zahlung des Kaufpreises. Pardessus,[4] Alauzet,[5] Bédarride[6] und Lyon-Caën et Renault[7] sprechen dies übereinstimmend aus. Nur Delamarre et le Poitvin behaupten das Gegenteil. Nach ihrer Meinung darf der Kommissionär, wenn ihm ein Verkauf gegen bar unmöglich ist, davon

[1] Vgl. Makower IV, c.

[2] Daß der erreichte höhere Preis durch die Kreditgewährung bedingt sei, muß im Zweifel angenommen werden, da die Natur der Handelsgeschäfte diesen Kausalnexus mit sich bringt. Vgl. auch Alauzet Nr. 397 u. Pardessus I, Nr. 567.

[3] War auf Grund des § 665 B. G. B. (gl. § 385, Abs. 2 H. G. B.) der Kommissionär zu der Abweichung von dem ihm gesetzten Preise befugt, findet § 386 keine Anwendung; der Kommittent muß sich dann auch mit dem geringeren Preis, der niedriger als das Limitum ist, zufrieden geben. Vgl. hierüber auch Cosack S. 192.

[4] Nr. 567.

[5] Nr. 397.

[6] Nr. 82.

[7] S. 360.

abweichen. Sie stützen sich dabei auf Casaregis. Dort wird folgender Fall erwähnt:[1]

Durand & Co. in Barcelona hatten Franz und Peter de Fornis in Livorno Auftrag erteilt, eine gewisse Anzahl holländischer Schleier zu verkaufen, und zwar gegen bar. Als das Livorner Haus unter der letzteren Bedingung keine Käufer findet, verkauft es, da augenblicklich eine beträchtliche Hausse bezüglich des Artikels bestand, auf Kredit an das Haus Levi, das damals völlig kreditwürdig war. Die Folgezeit rechtfertigte das Vorgehen vollkommen, denn da holländische Schiffe in großer Zahl eintrafen, so unterlag der Artikel einer starken Baisse. Doch unglücklicherweise machte das Haus Levi vor Ablauf der ihm bewilligten Frist Konkurs und die Kommittenten hatten einen starken Verlust zu erwarten.

Sie forderten nun, daß der Verlust zu Lasten der Kommissionäre gehen sollte. Und so entschied auch das Gericht, doch auf Berufung und gemäß der Ansicht Casaregis wurde das Gegenteil festgelegt.

„Das Urteil", sagen Delamarre et le Poitvin, „war eine Anwendung des gemeinen Rechts. Casaregis aber entschied nach den wahren Regeln des Handels, nach der bona fides und der aequitas".

Die Auslegung des Berufungsurteils und der Ansicht Casaregis durch Delamarre et le Poitvin, als ob dadurch nun festgelegt sei, daß der Kommittent unter Umständen unbefugt auf Kredit verkaufen könne, greift Bédarride[2] mit Recht an. Er wirft Delamarre et le Poitvin vor, daß sie einen sehr wichtigen Umstand bei Beurteilung des Falls außer Acht gelassen haben: Das Vorgehen der Kommissionäre war von den Kommittenten nachträglich genehmigt worden. Letztere hatten auf die Nachricht vom Abschluß auf Kredit, anstatt denselben zu

[1] Siehe Bédarride Nr. 82.
[2] Nr. 83.

mißbilligen, zurückgeschrieben, bis zum Eingang der Totalsumme zum festgesetzten Termin zu warten und ihnen dann Rechnung zu legen.

Sehr richtig betont daher Bédarride, daß Casaregis nur mit Rücksicht auf die Ratifikation die Forderung der Kommittenten zurückweist: ratificatio sanat excessum mandati, quia aequiparatur mandato.[1]

Im übrigen aber macht Bédarride darauf aufmerksam, daß Casaregis stets das Prinzip des gemeinen Rechts vertritt:

Mandatarius excedens fines mandati tenetur ad refectionem damni mandanto illati.

Ja, Casaregis bemerkt ausdrücklich:

Mandatarius vendeus merces, seu res mandantis, minori pretio, vel habita fide de pretio contra expressum mandatum, tenetur ad damni refectionem.

2. Zurückweisung des Geschäfts nur im Fall ausdrücklichen Verbots der Kreditgewährung.

Cosack[2] ist der Meinung, der Kommittent könne, wenn er nicht das Geschäft mit der Maßgabe anerkennt, daß er den Kommissionär persönlich für die sofortige Zahlung des Kaufpreises haftbar macht, „das Geschäft ganz zurückweisen und Schadensersatz fordern."

Dieser Ansicht ist als zu weitgehend nicht beizupflichten. Der Kommissionär kann vielmehr durch sofortige Zahlung des Kaufpreises die Überschreitung der Kommission[3] heilen und die Zurückweisung des Geschäfts hindern. Und zwar ist hierbei nicht erforderlich, daß der Kommissionär sich zugleich bei der Verkaufsanzeige[4] dazu

[1] Kürzer: ratihabitio mandato comparatur.

[2] S. 192.

[3] Grünhut S. 422: excessus mandati.

[4] Bei Überschreitung des Einkaufslimito muß der Kommissionär, der die Anerkennung des Geschäfts durchsetzen will, sich sofort mit der Einkaufsanzeige zur Deckung des Unterschiedes erbitten. (Vgl. H. G. B. § 386, Abs. 2).

erbietet, sondern er kann erst warten, ob der Kommittent die Kreditierung gutheißt. Erst bei Verweigerung der Genehmigung kann er durch Zahlung des Kaufpreises das Geschäft aufrechterhalten.

In dem Falle allerdings, wenn der Kommittent das Kreditgeben ausdrücklich vor der Gewährung verboten hat, wird man diesem das Recht zusprechen müssen, das Geschäft in Gemäßheit des § 385 überhaupt nicht für seine Rechnung gelten lassen zu brauchen. Diese Meinung vertreten auch Lehmann[1] und Makower.[2] Letzterer meint zutreffend: „Aus der Fassung des § 393, Abs. 3, ist nicht ableitbar, warum § 393, Abs. 3, neben § 386 eine zweite Ausnahme von der Regel des § 385 sein soll.

§ 385 bestimmt nämlich:

Handelt der Kommissionär nicht gemäß den Weisungen des Kommittenten, so ist er diesem zum Ersatz des Schadens verpflichtet; der Kommittent braucht das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen. Die Vorschriften des § 665 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleiben unberührt.

Nach § 665 B. G. B. ist der Beauftragte allerdings berechtigt, „von den Weisungen des Auftraggebers abzuweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde.

Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließungen abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist."

In Verbindung mit § 384 H. G. B. wird den Kommissionär diese Vorschrift unter Umständen sogar zu einer solchen Abweichung verpflichten. Unterbleiben aber muß sie da sie ja eben nur als negotiorum gestio

[1] Zu § 393, Anm. Nr. 7.
[2] Zu § 393 IV, a.

möglich ist — wenn der Auftraggeber sie strikt verbietet. Gegen den Willen des Kommittenten für dessen vermeintliches Wohl zu sorgen, ist der Kommissionär nicht befugt.[1] „Handelt es sich um eine imperativ gehaltene Weisung“,[2] bemerkt richtig Rimpler,[3] „dann ist der Kommissionär unbedingt an diese Instruktion gebunden“. Zum Schadensersatz ist natürlich der Kommissionär selbst dann nicht verpflichtet, wenn er sich daran hält, trotzdem er voraussieht, daß wahrscheinlich Nachteil daraus entstehen wird. v. Hahn[4] und Staub[5] wollen dem Kommittenten ein Recht, das Geschäft zurückzuweisen, auch bei ausdrücklichem Verbot der Kreditgewährung nicht gewähren, ihre Ansicht geht dahin, daß der Kommittent nicht berechtigt ist, „das Geschäft bloß um deswillen zurückzuweisen, weil unbefugt Kredit gewährt ist“.[6] Nach dem oben ausgeführten ist dies wohl schwerlich richtig. Wenn Rimpler[7] meint, das Recht der Zurückweisung des ganzen Geschäfts könne überhaupt nur im Fall einer Einkaufskommission praktisch werden, denn „es leuchtet nicht ein, wie der Kommittent dieses Recht realisieren will, wenn der Verkaufskommissionär das Kommissionsgut, ohne sich an die Weisungen des Kommittenten zu halten, verkauft hat“, so vergißt er, daß der Kommissionär ja nicht immer in solchem Falle das Kommissionsgut auch schon übergeben zu haben braucht. Diesen Fall, daß der Kommittent „die Ware noch gar nicht übersendet hat“, hat Grünhut[8] im Auge, wenn er

---

[1] Vgl. R.G. VI, S. 53.

[2] Über die in Theorie und Praxis sich findende Einteilung in imperative, demonstrative und fakultative Weisungen s. Grünhut S. 108 ff, Jakoby S. 15 ff.

[3] S. 29.

[4] Zu Art. 369 A. D. H. G. B. § 4.

[5] Zu § 393, Anm. 7.

[6] Staub, zu § 393, Anm. 7.

[7] S. 31.

[8] S. 424.

bei unbefugter Verlängerung der erlaubten Kreditfrist dem Kommittenten das Recht zuspricht, „den auftragswidrigen Verkauf als nicht für seine Rechnung geschehen, als ein ihm ganz fremdes negotium zurückzuweisen und die Ware zu behalten“. Diese Ansicht ist nach obigen Ausführungen so allgemein natürlich nicht zu billigen, sondern auch hier nur bei ausdrücklichem Verbot der Verlängerung der Kreditfrist.

Schluß.

§ 14. Die Selbsteintrittshaftung des Kommissionärs.

In allen besprochenen Fällen, in denen eine Haftung des Kommissionärs für die Erfüllung des aufgetragenen Geschäfts eintritt, ist die Kommission ausgeführt durch Abschluß des Geschäfts mit einer dritten Person oder gilt doch wenigstens dergestaltig als ausgeführt. Ein Abschluß mit einem Dritten entspricht auch dem innersten Wesen des Kommissionsvertrages, das besteht in einem Tätigwerden in fremdem Interesse. Der Typus des reinen Kommissionsgeschäfts liegt hierin begründet. Es kommen drei Personen, zwischen denen rechtliche Wirkungen sich ergeben, in Frage: Der Kommittent, der Kommissionär und der Dritte. In einem unleugbaren Widerspruch zu der Begriffsbestimmung des § 383 H. G. B. bestimmt nun aber § 400, Abs. 1:

Die Kommission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis

amtlich festgestellt wird, kann, wenn der Kommittent nicht ein anderes bestimmt hat, von dem Kommissionär dadurch ausgeführt werden, daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert oder das Gut, was er kaufen soll, selbst als Käufer übernimmt. Hieraus geht mit aller Klarheit hervor, daß es außer der regulären Ausführung des aufgetragenen Geschäfts, dem Abschluß mit einem Dritten, noch eine zweite Möglichkeit gibt, wie der Kommissionär den ihm erwachsenen Obliegenheiten gerecht werden kann. Es ist dies der Selbsteintritt.[1] Allerdings müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Es muß sich einmal handeln um den Einkauf oder Verkauf von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben,[2] oder von Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, zweitens aber darf der Kommittent „nichts anderes bestimmt haben".

Über die juristische Konstruktion dieses Selbsteintritts ist immer sehr viel geschrieben und gestritten worden. Näher darauf einzugehen, ist hier nicht der Ort. Nach der klaren und ganz präzisen Fassung des § 400 ist es unzweifelhaft, daß das Gesetz selbst den Selbsteintritt einmal als eine Ausführung des ursprünglichen Kommissionsvertrages auffaßt, zugleich aber auch zwischen dem Kommittenten und Kommissionär ein unmittelbares Kaufverhältnis zur Entstehung gelangen läßt. Treffend sagt Breit:[3]

„Die Quintessenz des Instituts liegt in der Duplizität des Rechtsverhältnisses trotz der Identität der Sache und der Parteien."

Der Kauf ist daher nicht an die Stelle der Kommission getreten, sondern erscheint als deren Ausführung. Deshalb

---

[1] In den Fällen, in denen er überhaupt zulässig, ist er zur Regel geworden und hat die gewöhnliche Ausführung fast ganz verdrängt.

[2] Wie z. B. Getreide, Spiritus, Zucker, Kaffee, Petroleum u. s. w.

[3] S. 135.

hat der Kommissionär zugleich die Rechtsstellung eines Kommissionärs und die Rechte und Pflichten eines Käufers bezw. Verkäufers. Der Kommissionsvertrag bleibt auch weiterhin erhalten,[1] wenn er auch von nun an nur noch den äußern Rahmen der zwischen Kommittent und Kommissionär bestehenden Rechtsbeziehungen bildet.[2] In erster Linie aber stehen sich die Parteien als wahre Käufer und Verkäufer gegenüber, deren Verhältnis natürlich nach den Vorschriften über den Handelskauf[3] zu beurteilen ist. Jetzt hat der selbsteintretende Kommissionär alle Rechte und Pflichten eines Käufers bezw. Verkäufers. Als Konsequenz ergibt sich demgemäß: Er haftet für die Erfüllung des aufgetragenen Geschäfts.

Eine eigentliche Haftung des Kommissionärs ist dies jedoch nicht. Seine Eigenschaft als solcher tritt zurück. Es liegt vor eine Haftung des Käufers, der zugleich Kommissionär ist. Man bezeichnet diese Haftung am besten als Selbsteintrittshaftung.

---

[1] Vgl. §§ 400, Abs. 2 (Rechenschaftspflicht, wenn auch in beschränktem Maße), 403 (Anrecht auf Provision und Kosten), 404 (Pfandrecht des Kommissionärs).

[2] Die Regeln des Kommissionsgeschäfts sind daher insoweit nicht mehr anwendbar, wie sie mit dem neugeschaffenen Rechtsverhältnis unvereinbar sind.

Vgl. R. O. H. G. VI, 191; XVII, 328, XXII, 238.
Seuffert's Archiv, Bd. XXXIV, Nr. 145.

[3] H. G. B. §§ 373 ff, subsidiär B. G. B. §§ 433 ff.